JOANNIS VOET

JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA

COMMENTARIORUM AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones excutiuntur.

EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIOR:

Cui nempe praeter V. Cl. Caspari Burmanni Vitae Auctoris Narrationem, et Indicem Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

NUNC PRIMUM ACCEDUNT

Alii duo Tractatus de Familia Erciscunda, et de Jure Militari, qui simul cum praedicto Indice constituunt Tomum Septimum.

TOMUS TERTIUS.



VENETIIS

SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.

M. DCCC. XXVII.

LIBER DUODECIMUS.

TITULUS I.

De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.

SUMMARIA.

1. *De contractibus in genere, & in specie de mutuo.*
2. *Mutuum est verus contractus, licet ex uno tantum latere obliget.*
3. *Mutuum est stricti juris. Excutitur generaliter, quare contractus alii sint stricti juris, alii bonæ fidei; & unde colligatur regulariter, an bonæ fidei an stricti juris sint?*
4. *Mutuum re constat. Sufficit ficta traditio. Conciliatur* l. 11. ff. h. t. *cum* l. 19. ff. de præscr. verbis, & l. 34. ff. mandati.
5. *Conciliatur* l. 15. ff. h. t. *cum* l. 34. ff. mandati, *ac probatur, inter solos præsentes non item absentes, fictam traditionem jure Romano, sed secus moribus, fuisse conceptam, excepto constituto possessorio, cujus ratio redditur, & casu quo res prius ex alia causa per dominum tradita fuit.*
6. *Monstratur, legum superiorum conciliationem non posse peti a distinctione temporum quasi olim fictæ traditiones variæ fuissent reprobatæ, quæ post admissæ.*
7. *Qui possint dare mutuum? ubi de negotiorum gestoribus, procuratoribus, tutoribus, civitatis administratoribus, dominis nummos suos alieno nomine mutuos dantibus; & de sociis, qui dant pecuniam communem.*
8. *Qui non possint dare? ubi de pupillis, provinciarum præsidibus, & his qui nummos alienos dederunt tanquam suos. Sæpe mutuum, quod ab initio inutile est, nummorum consumtione confirmari, etiam si reprobi nummi dati essent, quod exemplis docetur.*
9. *Confirmatur etiam ante consumtionem nummorum si accipiens eos usuceperit. Quando nummi censeantur consumti?*
10. *Quid juris, si filiusfam. viaticum suum, cum peregre degeret studiorum causa, mutuum dederit?*
11. *Qui possint mutuum accipere? ubi de Præsidibus, Judicibus, apud quos lis pendet, Civitatibus & Ecclesiis mutuum accipientibus per suos administratores: & quando civitates ac Ecclesiæ ex mutuo per administratores accepto obligentur vel non, secundum jus civile, canonicum, ac hodiernum.*
12. *Quando pupilli, minores, & similes obligentur ex mutuo per tutores aut curatores accepto?*
13. *An, & quousque uxores mutuum accipientes obligentur aut maritos obligent? remissive.*
14. *In mutuo fit alienatio corporum datorum. An sit mutuum, si tibi nummos donem, ut eos mihi credas, tuque credideris?*
15. *Quibus detur certi condictio ex mutuo? an & domino nummorum; quos non dominus suo nomine numeraverat? An Titio, si meos nummos Titii nomine dederim, vel ipsius Titii nummos? Quid si plures mutuum dederint? Quando actio incipiat illis competere, qui nummos alienos dederunt ut suos?*
16. *Non impeditur certi condictio ex mutuo, si numerationi mutui conventio alia inutilis adjecta sit? quod exemplis illustratur.*
17. *Conveniendi hac actione mutuatarii. Si plures acceperint, an singuli in solidum? An mutuatarius efficaciter in mutuo accipiendo id agere possit, ut mutuans unum ex pluribus mutuatarii heredibus in solidum conveniat?*
18. *Reddendum in mutuo idem in genere, non plus, nec usuræ ex pacto adjecto, sed tantum ex stipulatu. Quid moribus?*
19. *Quo in loco, & quo tempore mutuum reddi debeat? quando reddendum, si nullum restitutioni mutui tempus adjectum sit?*
20. *An adjecto die, quo mutuum restitui debeat, mutuatarius illud ante tempus additum invito mutuanti reddere possit? & an valeat pactio, ne mutuatarius reddat mutuum nisi post certi temporis lapsum?*
21. *Mutuum non potest per partes restitui, nisi in casibus quibusdam exceptis.*
22. *Aliud pro alio restitui nequit, nec aurum infectum pro pecunia signata. Quid reddendum, si aliud in instrumento dicatur datum esse, aliud vere datum probetur?*
23. *Pro nummis aureis datis argentei restitui possunt, & vice versa, exceptis paucis casibus.*
24. *De mutatione monetæ ratione bonitatis internæ vel externæ, quæ inter dationem mutui ac restitutionem contigit, cui prosit vel noceat, an debitori, prolixior disputatio.*
25. *Si alius sit valor nummorum in uno quam in altero loco, considerandus valor loci illius, in quo solutio facienda est.*
26. *Probatur mutuum per scripturam; ubi de agnitione chirographi per scribentem, aut viduam ejus, aut heredes, aut in officio successores, facienda; & quando illud juris interpretatione pro agnito habeatur?*
27. *Probatur & per testes. Quid si dissentiant in quantitate numerata, vel de numeratione quidem, at non de quantitate deponant; vel unus de numeratione, alter de quantitate?*
28. *Olim viguit parœmia* cens renten altyd renten, *nec post acceptas semel usuras sortis repetitio fieri potuit, licet id pacto actum esset. Quousque id nunc in Hollandia & Ultrajecti mutatum sit?*
29. *Cujus loci statuta spectanda sint in quæstione, an sortem ex dato repetere liceat, nec ne?*
30. *An vere detur ulla literarum obligatio, quæ nasceretur ex confessione numerationis, quæ secuta non est?*

30. *An vere detur ulla literarum obligatio, quæ nasceretur ex confessione numerationis, quæ secuta non est?*
31. *Opponitur scripturæ exceptio non numeratæ pecuniæ; quæ in rem est, & intra biennium privilegiata. Quid agendum sit, si possessor chirographi agat intra biennium, & præsens vel absens sit?*
32. *Recenseantur casus, quibus cessat hæc exceptio; ubi de confessione apud argentarios; de pignore vel fidejussore dato, de parte debiti soluta, de transactione super eo, quod numeratum non est, de confessione depositi, & solutionis per apocam.*
33. *Post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ opponi potest, si excipiens ipse paratus sit probare, numerationem non esse secutam.*
34. *Respondetur ad objectiones.*
35. *Quid moribus circa hanc non numeratæ pecuniae exceptionem & probationem ejus obtineat?*

1. Actum fuit in secunda Pandectarum parte de judiciis in rem. In personam actiones ex contractu vel quasi, maleficio vel quasi, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris descendere, expeditum est, §. 1. *Instit. de actionibus*, *l.* 1. *ff. de obligat. & action.* §. *ult. Instit. de obligation.* ac quicquid ex his causis debetur, crediti appellatione contineri potest, latius sumto crediti vocabulo, *l.* 1. *l.* 2. §. *creditum* 3. *ff. h. t.* junct. *l. creditores* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de verb. signif.* Sed in hac tertia pandectarum parte potissimum de eo credito, quod ex contractu descendit, ac actionibus inde vel ea occasione natis tractatio instituta fuit. Contractus in genere, prout a pacto distincti concipiuntur, sunt conventiones de re danda facienda vel præstanda, quibus subest obligandi causa ex sua natura. Et vel innominati sunt, de quibus in fine libri decimi noni; vel nominati, quibus nempe certum ac speciale nomen a jure civili impositum est; dum utilitas fecit, ut conventio esset in usu communi; usus conventioni nomen peperit; atque ita utilitas obligationis constituendæ causa fuit, nomen indicium ac nota constitutæ, ut post Donellum Vinnius *tract. de pactis cap.* 8. *num.* 3. Et hi iterum vel re constant vel verbis vel literis vel consensu *d.* §. *ult. Instit. de obligat.* Re constantes dicuntur, ad quorum perfectionem necessaria est rei traditio: inter quos ordine primum est mutuum, quod recte definieris *contractum juris gentium, stricti juris, re constantem, quo res fungibilis* (id est pondere numero vel mensura constans & functionem seu permutationem recipiens in suo genere, sic ut per appensionem, admensionem aut adnumerationem transferatur, & res alia similis restituenda fungatur vice rei datæ, *l. mutuum* 2. §. 1. *ff. h. t.* ibique Gothofred. *in notis*) *alteri datur ea lege, ut res eadem in genere, seu ejusdem bonitatis & quantitatis restituatur*, *pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.*

2. Quamvis autem mutuum non utrinque, sed ex uno tantum latere obligatorium sit, non tamen ideo e contractuum serie eliminandum est, cum enim Labeo contractum describit *ultro citroque obligationem*, *l. Labeo* 19. *ff. de verbor. significat.* neque plenam contractuum omnium, neque accuratam definitionem, sed rudem magis delineationem, in pluribus quidem, at non omnibus in contractibus locum invenientem concepisse dicendus est. Constat utique, contractus proprie accurate loquendo obligationes non esse, sed magis ex contractibus, perinde ut ex delictis, obligationes nasci, §. *ult. Instit. de obligat.* ac potius conventionem, velut genus tum pactorum tum contractuum debere considerari, *l.* 1. §. *conventionis* 3. *ff. de pactis*, denique non mutuum tantum, sed & contractus omnes innominatos, ipsamque etiam stipulationem, non utrimque, sed ab uno latere obligationem inducere. Nisi forte per varias vocabuli *contractus* significationes dissidium videatur componendum. Quandoque enim tam late patet, ut & quasi contractus comprehendat, *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, frequentius ita, ut veros complectatur contractus, a quasi contractibus omnino distinctos, §. *ult. Instit. de obligat.* subinde strictissime, ut denotet tantum conventiones illas, quæ utrimque obligatoriæ sunt, *d. l.* 19. *ff. de verb. significat.* quo modo Ulpianus scribens, *sed si non sit mutua pecunia, sed contractus*, hoc sensu angustissimo contractum accepit in *l. creditores* 10. *ff. de verbor. signif.*

3. Stricti juris mutuum est, ea nisi fallor potissimum ratione, quia ab una tantum parte obligationem parit. Etenim (ut parumper hic ad generaliora digrediar) si tantum obligationum tam ex quasi, quam vero contractu descendentium seriem mente revolvamus, inveniemus, illa plerumque habita fuisse bonæ fidei negotia, ex quibus vel utrimque principaliter obligatio ac propterea etiam directa utrimque actio nascebatur; vel ex uno latere principaliter, ex altero per consequentiam quandam ac velut ex post facto, ideoque duplex quidem actio competebat, sed directa una, altera contraria: contra vero ea, quæ ex uno tantum latere obligationem pariebant, stricti juris fuisse. Scilicet, cum in negotiis utrimque obligatoriis difficilius esset, ob multiplicem circumstantiarum varietatem ita vel pactionibus omnia definire, vel cautionibus circumscribere, ut non a prudentissimis quædam omitterentur, justum visum fuit, id, quod deesset expressæ partium conventioni, per judicem ex bono & æquo suppleri, atque ita per eum æstimari, quantum alteri ex bono & æquo, etiam extra ac præter id, quod in conventionem deductum erat, præstare oporteat. Ex adverso, cum non tantæ tamque multiplicatæ in negotiis ab uno tantum latere obligantibus occurrerent rerum varietates, visum fuit, his definiendis prudentem contrahentis circumscriptionem posse sufficere; ac suæ culpæ & negligentiæ debere unumquemque accepto ferre, si minus ei per conventionem prospectum sit; ac proinde judicem quoque in judicando adstrictum esse oportere iis, quæ placuerant, nec debere eorum, quæ nominatim cauta non essent, habere rationem. Confer Vinnium ad §. 28. *Instit. de action. num.* 2. Sic sane mutuum nostrum, sic stipulatio, hereditatis aditio, indebiti solutio, pacta legitima donationis ac constituti, contractus denique innominati plerique, uti ex uno tantum latere obligant, ita & stricti juris sunt. Ex opposito, commodatum, depositum, pignus, emtionem, locationem, emphyteusin, societatem, mandatum, tutelæ administrationem, negotiorum alienorum vel etiam rerum communium gestionem, bonæ fidei esse, ac bonæ fidei actiones producere, discimus ex §. *actionum autem* 28. *Instit. de action.* ex quibus

omnibus vel utrimque directas, vel directas ac contrarias actiones oriri, principia juris abunde docent. Hæsitationem interim aliquam forte fecerit, quod in jure proditum est, descendentes ex permutatione vel æstimatorio contractu actiones, & hereditatis petitionem, ipsamque pro dote ex stipulatu actionem, bonæ fidei judiciis accenseri, *d. §. 28. & 29. Instit. de action.* & tamen non nisi uno ex latere his in causis aut obligationem esse aut dari actionem. Sed animadvertendum, ista sic peculiaribus de causis præter jus commune placuisse, atque adeo in iis a regula exceptiones esse. Quis enim, obsecro, magnopere miratur, permutationem & contractum æstimatorium bonæ fidei fuisse habitum, ubi perpenderit, quantam hi duo contractus innominati connexionem & affinitatem habeant cum emtione, locatione, mandato, negotiis bonæ fidei & utrumque contrahentem obligatum reddentibus, juxta *l. 1. ff. de æstimatoria, l. 2. ff. de rerum permutat. l. ult. ff. de condict. causa data.* Actionem ex stipulatu de dote bonæ fidei esse, æquum fuit, quia in locum veteris rei uxoriæ actionis, quæ dotium favore bonæ fidei erat, surrogata, ejus quoque naturam ac conditionem debebat imitari; quippe non durante tantum eo, qui olim fuerat, sed & multis modo aucto per leges novas dotis favore. Denique de hereditatis petitione jus certum ante non fuisse, sed demum ex Justiniani constitutione eam in classem negotiorum bonæ fidei relatam fuisse, constat ex *l. ult. ff. ult. Cod. de petit. hered. §. 28. in fine Instit. de action.* ea forte ratione, quod possessor hereditatis non tam sua, quam hereditaria ac per consequentiam heredis veri negotia gessisse, adeoque ad negotiorum gestorem, bonæ fidei judicio devinctum, accedere intelligitur: dum vendit, pretia venditarum rerum ac credita hereditaria exigit, aliaque plura facit, quorum intuitu ipsum etiam ex quasi contractu obligari vero heredi, supra demonstratum est *tit. de petit. hered. num. 1.* Quod si e contrario urgeas, finium regundorum judicium stricti juris esse, & tamen in eo æque ac in familiæ erciscundæ ac communi dividundo judicio continem utrumque experiri posse, sic ut & duplex inde hoc judicium appelletur, *l. in tribus 12. & 14. ff. de judiciis, l. judicium 10. ff. finium regund.* ita habe, nullam ex finium confusione inter confines communionem fuisse natam, adeoque nec desiderari per eam actionem, ut a communione, multis plerumque difficultatibus innodata, sed tantum ut a terminorum confusione, recedatur: a qua, tanquam non multis circumstantiarum varietatibus implicita aut impedita, satis apte recedi posse placuit, etsi judici plenum ex bono & æquo judicandi arbitrium datum non sit.

4. Sed de diverticulo ut in viam ac ad *mutuum* redeamus, illud re constare, ac non nisi traditione perfici, certum est, *princ. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* quod tamen ita accipiendum, ut non præcise veram intervenire necesse sit, sed & ficta sufficiat, sic ut unus vel etiam duplex actus traditionis quasi occultetur, ambagum evitandarum causa, non modo secundum juris civilis placita, sed & juxta hodiernos mores, teste Hugone Grotio *in manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 10. num. 8. 9. 10.* Veluti, si convenerit inter deponentem ac depositarium, ut nummi antea depositi in posterum mutui sint, *l. certi condictio 9. §. ult. l. 10. ff. h. t. l. qui negotia 34. fere in pr. ff. mandati.* Vel jussero, te a debitore meo accipere pecuniam tanquam mutuam, tuque acceperis, *d. l. 34. l. singularia 15. ff. h. t.* vel si quis rogatus mutuam dare pecuniam, cum eam non haberet, lancem roganti dederit vel massam auri, ut eam venderet, & nummis uteretur, dummodo venditio ac pretii numeratio subsecuta fuerit, ut auctor est Ulpianus, *l. rogatti 11. ff. h. t.* Nam si res quidem vendenda fuerit tradita, ea lege, ut pretium inde redactum mutuum esset, ac venditio etiam celebrata, pretii vero numeratio roganti mutuum facta necdum sit, ficta quoque traditio necdum intervenisse videri potest, nec mutuum natum, cum nihil hactenus ad rogantem pervenerit, quod alia ex causa vere traditum, ex mutui causa numeratum fingeretur: unde & rogans tunc, ex ejusdem Ulpiani sententia, non certi condictione ex mutuo, sed præscriptis verbis actione tenetur, puta ex contractu æstimatorio, quasi negotio quodam inter eos gesto *proprii contractus*, id est, a mutuo diversi, *l. rogatti me 19. ff. de præscriptis verbis*, junct. *l. si gratuitam 17. §. si margarita 1. ff. eod. tit. l. 1. ff. de æstimatoria.* Neque huic postremæ fictarum traditionum speciei adversatur Africanus, cum in *l. qui negotia 34. vers. bis argumentum ff. mandati*, scribit, *eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, & tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum.* Loquitur enim de eo, qui non de facto mutuum dabat, sed dare volebat, eumque in finem argentum vendendum dabat; nullo pacto addito, ut pecunia inde redacta mutua esset, quippe cujus altum in verbis legis silentium est; cum tamen illa sola formula atque conventio, *ut nummi inde redacti mutui essent*, vel *ut nummis uteretur*, fictam in mutuo traditionem inducat, ubi pretii numeratio subsecuta est. Sola sane voluntas dandi mutuum, sola conventio de mutuo dando, sola denique destinatio nummorum ad mutuum, non facit mutuum aut fictam efficit traditionem, *l. qui pecuniam 30. ff. h. t. l. si quis patremfamiliar 3. §. ult. l. 4. 5. 6. ff. ad senatusc. Macedon.* quod & ab Africano in *d. l. 34.* adnotatum est, cum ait, *nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse.* Ac proinde recte dixeris, minus esse in ea conventione, quæ proponitur ab Africano in *d. l. 34.* quam in ea, quam Ulpianus concepit in *d. l. 11. ff. h. t.* imo, quia deerat in *d. l. 34.* conventio, ut nummi ex argento vendendo dato mutui essent, non alius in ea facti specie contractus intelligi potuit, quam innominatus intelligi æstimatorius, quo alter alteri rem æstimatam vendendam tradit, ut accipiens vel rem incorruptam reddat, vel æstimationem de qua convenit, juxta *l. 1. in fine ff. de æstimatoria, l. si gratuitum 17. §. si margarita 1. ff. de præscriptis verbis.*

5. Quin & ficta censebitur ad mutuum contrahendum traditio intervenisse, secundum Ulpianum, si procurator, qui nummos a domini debitoribus exegerat, eosque ex causa mandati reddere domino tenebatur, præsens cum domino præsente convenerit, ut crediti nomine eos retineat; videtur enim domino prius data pecunia, & ab eo rursus ad procuratorem profecta, *l. singularia 15. ff. h. t.* adeoque nulla prioris debiti novatio, sed potius solutio intercessisse videtur, per quam prior ex mandato obliga-

tio peremta est; cum ad novationem stipulatione opus esset, quæ hic non apparet. Cui rursus non contradicit Africanus in *d. l. qui negotia* 34. *ff. mandati*, quando ait, ex eo, quod is, qui negotia Lucii procurabat, & a debitoribus ejus pecuniam exegerat, epistolam ad eum emisisset, qua significabat, *certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus*, creditum non fieri. Nam etsi a Vinnio recte observatum sit *lib. 1. select. quæst. cap.* 40. frustra conciliationem tentari ex eo, quasi in *d. l.* 34. epistola quidem ad dominum emissa esset, sed de domini in mutuum consensu secundum epistolam non appareret; cum aperte satis Africanus ipse conventionem adeoque domini assensum supponat, dum pro argumento utitur, nuda pactione pecuniam creditam fieri non oportere; imprudentius tamen est, quod vir doctus iterato repetiit, illos oleum & operam perdere, qui hoc inter Africanum & Ulpianum dissidium student componere; perinde ac si dies diem non doceret, nec quicquam ultra superesset tentandum. Quamvis enim id libens concesserim, ex usu fori parum interesse, utrum inter dominum ac procuratorem, absentem an præsentem convenerit, ut exacti pro domino nummi apud procuratorem ut mutui remanerent, ad id, ut mutuum fiat, ut ipse ait *d. cap.* 40. *in fine*, ex juris tamen Romani principiis ista duo perinde habita fuisse, persuasum mihi non est. Cum ergo ab Africano tractari video de procuratore absente, qui id per epistolam emissam domino significaverat; ab Ulpiano vero simpliciter, sine distinctione vel absentiæ, conventionem inter dominum præsentiæ ac procuratore proponi, nihil vetare putem, quo minus Ulpiani verba de conventione inter præsentes inita accipiam, restrictione ad multas alias leges conciliandas & explicandas usitata ac necessaria, quarum una generalius asserit, quod altera cum distinctionis mentione negat. Quo posito, jure optimo Ulpianus fictam admisit traditionem, atque inde mutuum; negavit jure non minore Africanus. Cum enim fictiones juris solius soleant regulariter imitari naturam, ac possibilitatem naturæ plerumque supponant, sic ut ibi fictiones juris cessent, ubi rerum natura veritatem non admittit, ut patet ex *§. minorem* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. *Instit. de adoption.* nisi diserte ac nominatim aliud in hac aut illa fictionis specie inveniatur dispositum; ut id adnotatum in *pr. Inst. de inoff. testam.* necesse fuit, Africanum inter dominum & procuratorem absentem negare fictæ traditionis interventum; eo quod nec vera poterat inter eos, sibi invicem absentes, intervenire. Contra quoque, cum inter præsentes vere traditio naturalis esset, fictam etiam ad imitationem naturæ Ulpianus inter dominum ac procuratorem ei præsentem haud difficulter probavit. Hanc vero inter absentes præsentesque diversitatem juris circa ficta brevis manus traditiones admittendas aut respuendas, ne quis temere confictam gratis poni putet, efficit abunde Ulpiani locus in *l. falsus creditor* 43. *§. si is, qui* 2. *ff. de furtis*, ubi scribit, *si is qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; cæterum si eo præsente, alia causa est, & furtum facit.* Aut enim omnia me jura fallunt, aut unicum distinctionis ab Ulpiano factæ fundamentum in ficta brevis manus traditione inter præsentes probata, inter absentes impedita positum est. Titius scilicet secundum speciem facti istius legis, cum sciret sibi nihil deberi, Mævium, putantem per errorem, se Titii debitorem esse, cum non esset, delegavit Sempronio; solutione Sempronio facta, cum quæreretur, an non Titius ita furti reus factus esset (quia constat, furtum fieri, cum quis indebitos nummos sciens accepit, *l. quoniam* 18. *ff. de condict. furtiva*) ait Ulpianus, furtum a Titio delegante factum esse, si eo præsente solutum sit: non alia, ut opinor ratione, quam quia tunc contrectatio nummorum a Titio delegante facta intelligitur, quasi nummi per delegatum Mævium non Sempronio, sed ipsi Titio præsenti soluti, rursus per Titium Sempronio numerati essent. Contra vero furti actionem non esse cum Titio, cum eo absente solutio Sempronio per Mævium facta est; non aliam, ut existimo, ob causam, quam quia, uti nulla absenti Titio naturalis solutio fieri poterat; ita nec ficta nummorum numeratio in eo concipi aut fingi debuit, adeoque nec nummi considerari, quasi Titio traditi & rursus per eum Sempronio soluti: cui consequens erat, ut, deficiente & vera & ficta traditione, atque ita nulla etiam apparente Titii vera vel ficta contrectatione ad furtum necessaria, a furti vitio Titius immunis pronunciaretur: quod fieri non oportuisset, si in absente æque ac præsente Titio delegante ficta nummorum traditio concipienda foret. Juvatque hanc de ficta traditione inter absentes non probata sententiam coætaneus Ulpiano Paulus, quando in *l. ejus rei* 46. *l.* 47. *ff. de rei vendicat.* statuit, si in rei vindicatione reus ex jurejurando in litem præstiterit æstimationem, dominium statim ad possessorem pertinere, quia dominus cum eo transegisse & decidisse videtur eo pretio, quod pro ipso constituit: hæc autem *ita esse, si res præsens sit: sin absens, tunc dominium rei acquiri, cum possessionem ejus possessor, nactus est ex voluntate actoris*. Non enim alia de causa Paulum ita scripsisse existimo, quam quia, ubi res præsens est, vere tradi potuit, & ob id quoque tradita fingitur; tradi vero non potuit vere, cum absens est, ideoque nec dominium ejus videri potest translatum ex ficta traditione, terminos habiles haud inveniente. Sed & pro hac opinione facit, quod idem Paulus in *l. 1. §. si jusserim* 21. *ff. de acquir. vel amit. possess.* cum Prisco tradit, *si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditum; idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore & actu necesse, apprehendere possessionem; sed etiam oculis & affectu: & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint.* Vides, & rerum venditarum traditionem & nummorum ex delegatione solvendorum numerationem ita fingi factam emtori ac creditori deleganti, *si in præsentia sint*. Et sane, si sibi invicem, & ipsis rebus, præsentes esse non deberent, inter quos ficta brevis manus intercedit traditio, ineptus plane Paulus fuerit, quod addidit conditionem illam, *cum ea in præsentia sit*; ac mox subjungit, columnas pro traditis haberi, *si in re præsenti consenserint*. Juvat insuper, quod Papiniano (qui Paulo ac Ulpiano non nihil superior) placuit, non aliter traditis horrei clavibus merces in horreo reconditas

videri traditas, quam si apud horrea claves traditæ sint, *l. clavibus 74. ff. de contrah. emt.* Quodque idem Papinianus in *l. donationes* 31. §. *species* 1. *ff. de donation.* respondit, *species extra dotem a matre filiæ nomine viro traditas, filiæ, quæ præsens fuit, donatas & ab ea viro traditas videri*. Qualis filiæ præsentia rursus frustra cum emphasi proponeretur, si æque, filia absente, ficta potuisset traditio esse. Denique, quod & Javolenus, his omnibus antiquior scripsit, si pecuniam, aut aliam rem, quam mihi debes, te in conspectu meo ponere jubeam, eo id effici, ut mea esse incipiat, quasi quodammodo longa manu tradita, *l. pecuniam 79. ff. de solution.* Etsi ergo legibus nonnullis simplicius dicatur, merces videri traditas, clavibus horrei traditis, rerum venditarum possessionem censeri translatam, si venditorem, quod emerim, deponere in domo mea jusserim, §. *item si quis merces* 45. *Instit. de rer. divis. d. l.* 1. §. 21. *in fine, l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l. qua ratione* 9. §. *item si quis* 6. *ff. de acquir. rer. domin.* tamen ista non aliter, quam concurrente præsentia, secundum plures leges alias manifestas requisita, intelligenda ac restringenda sunt. In ea tamen ficta traditione, qua res, quæ jam ante per dominum ex alia causa fuerat tradita, ex nova causa tradita fingitur, exceptionem esse puto, nec præsentia rei opus esse eo tempore, quo id agitur, ut, verbi gratia, id quod apud te prius deposui, deinceps ex causa mutui vel empti vel donati penes te sit: eo quod tempore præcedentis veræ traditionis res præsens fuit, & ista vera traditio nunc cum suis qualitatibus simpliciter fingitur repetita: unde & tunc dicitur *animo cœpisse possidere*, & *sine traditione nuda domini voluntate* res translata esse, §. *interdum* 44. *Instit. de rer. divis. l. certi condictio* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t.* Sed & secundo, in constituto possessorio, quo quis id, quod prius suo nomine possidebat, constituit se velle deinceps alieno nomine possidere, (secundum *l. quod meo* 18. *pr. l. qui bona* 19. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*) probatum Romanis video, præsentiam eorum, inter quos per constitutum ficta contingit traditio, non desiderari, sed & inter absentes posse locum invenire, ut colligi potest ex *l. quadam mulier 77. ff. de rei vindicat.* & ex societate universali, in qua per quoddam constituti genus res omnes corporales a sociis possessæ inter eos communicantur, ita scilicet, ut quisque, quod ante tanquam proprium suo nomine possedit, deinceps pro parte velit nomine socii possidere, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *ff. pro socio.* Quam singularitatem in constituto non aliunde quam ex ipsius constituti propria natura profluere existimo: eo quod constitutum tale, non facti, sed animi est: vult alieno nomine possidere, quod suo ante possedit: animum solum si mutaverit, constitutum est, *d. l.* 18. *d. l.* 19. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* qualis animi mutatio nullam duorum præsentiam naturaliter requirit. Atque hinc etiam, si quis non simplici constituto possessionem transferre voluerit, sed amplius fictam quandam traditionem interponere, præsentia iterum opus fuit; ut patet in eo, qui, cum fundum vendidisset, eumque tradere vellet, emtori ex alta turre fundum monstrat vacuamque se tradere possessionem dicit; non translaturus sane possessionem professione illa traditionis vacuæ possessionis, nisi cum ea concurrisset monstratio fundi ex turre conspicui, atque adeo in præsentia emtoris ac venditoris sic positi, ut oculis & affectu apprehendi posset, *l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *in fine ff. de acquir. vel amitt. possess.* junct. *l.* 1. §. 21. *in med. ff. eod. tit.* Quod si & stipulatione considerare libuerit, quamvis a mutuo ceteroquin distinctas, vel ex ipsa patescet, quantam juris diversitatem præsentia pariat, ad absentiæ oppositionem, atque ita huic quoque disputationi lucem addent. Si enim *procuratori domini præsentis cautum fuerit, ex stipulatu actionem utilem domino competere, nemo ambigit*, ut ait Ulpianus, *l. si procuratori* 79. *ff. de verb. obligat.* Contra, si absente domino procurator sibi de evictione caveri curaverit, non aliter domino de evictione actio datur, quam si per procuratorem cessa sit, procuratore per actionem mandati ad cessionem compellendo, *l. possessio* 49. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* idque secundum generalia juris principia, quibus quisque sibi, nullus alteri (exceptis quibusdam casibus singularibus) stipulatur, & ex stipulatu actionem quærit §. *si quis alii* 4. §. *alteri* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* Ex quibus, nisi fallor, illud conficitur, procuratore stipulante dominum præsentem ipsum fingi stipulatum esse, absentem non item, quia præsens ipse potuit, absens non potuit, per naturam stipulari. Nec est, quod quis etiam in casu *d. l.* 34. *ff. mandati*, æque, ac in casu *l. quadam mulier* 77. *ff. de rei vindicat.* constitutum possessorium quærat. Etenim in constituto possessorio is, qui suo nomine possedit, incipit deinceps alieno nomine possidere, *d. l.* 18. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*, quod & contigit in facti specie, quæ est in *d. l.* 77. at in *d. l.* 34. *ff. mandati*, non potest procurator velle nummos, a domini debitoribus exactos, nomine domini possidere, quos vult mutuos apud se esse; sed potius, cum antea nummos illos exactos nomine domini possedisset, nunc id agere vult, ut eos suo nomine tanquam mutuos habeat, quod a constituto possessorio longe diversum est.

6. Sunt interim, quibus placuit, leviore ac simpliciore via hanc inter Africanum & Ulpianum, adeoque inter *d. l.* 34. *ff. mandati*, & *l.* 11. 15. *ff. h. t.* dissonantiam tolli posse, puta, temporum distinctione; jura increscere, augeri, extendi quotidie; Africano florente nondum adeo plene fictas traditiones pluribus in casibus invaluisse; Ulpiani vero tempore magis frequentatas fuisse, ac pluribus in casibus, quam ante receptas, utrumque sui seculi jura adnotasse. Quorum opinioni haud difficulter subscriberem, tanquam facillimæ; nec multis ambagibus aut involucris implicitæ, simulque eam continenti conciliandi rationem, quæ pluribus in partibus juris nostri explicandis componendisque usitata atque merito probata est; nisi ex aliis legibus patesceret, etiam fictas traditiones multifariam Africani ætate, atque etiam antea, fuisse admissas, laudantibus illas Javoleno atque Celso, sibi fere coætaneis, Africano autem superioribus, *l. si rem* 62. *ff. de evictión. l. pecuniam* 79. *ff. de solutionibus, l. interdum* 21. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. eod. tit. l. ut mihi* 21. §. 1. *ff. de donat.* Gajo quoque, qui Africano non inferior, *l. qua ratione* 9. §. *interdum* 5. & 6. *ff. de acquir. rer. domin.* ac Pomponio, qui Africano prope æqualis, *l. si servus* 21. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Et sane,

si omnium horum jurisconsultorum temporibus id, quod meum erat, & apud te extabat, mea voluntate potuerit tuum fieri, tanquam ficta traditione, uti id in rebus depositis vel commodatis, ac postea depositario vel commodatario venditis donatis mutuo datis apparet; nulla ratio fuit, cur non æque, imo longe facilius, mea voluntate penes te manere potuisset tanquam tuum, quasi per fictam traditionem; quod tu mihi ex causa mandati vel æstimatorii contractus alioquin debuisti præstare, quodque, antequam mihi solveres, revera tuum erat, solutione tua demum a te in me transferendum, secundum casus in *d. l.* 11. *&* 15. *ff. h. t.* propositos. Et hæc quidem de fictis traditionibus pro locis nostri juris difficillimis explicandis sufficiant.

7. Mutuum dare potest dominus, liberam habens rei illius fungibilis, quam dat, administrationem, vel alius domini nomine, quo casu domino nummorum ex numeratione, per procuratorem vel negotiorum gestorem facta, non tantum certi condictio ex mutuo acquiritur, sed & actiones aliæ, sive in rem, sive in personam, pro conveniendis fidejussoribus, ac persequendis pignoribus in mutui dati securitatem procuratori devinctis, sine ulla actionum cessione, *l.* 2. *C. per quas personas nobis acquiritur, arg. l. si absentis* 4. *C. si certum pet. l. si pecuniam* 26. *ff. h. t.* Ut tamen domino liberum sit nomen mutuatarii reprobare, quoties in illud non consensit, & aliqua gestoris in pecuniis collocandis culpa apparet, *d. l.* 4. *pr. & §.* 1. *C. si certum pet.* junct. *l. litis contestata* 37. *§.* 1. *ff. de negotiis gestis.* Sic & civitatis pecuniam recte dat mutuam civitatis administrator, *l. Gajus Sejus* 11. *ff. de usuris*, tutor aut curator nummos pupilli vel furiosi, arg. *l. si tutor* 15. *ff. de administr. & peric. tutor.* Quin imo, si dominus suos nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit, sive sciente Titio, sive ignorante, mutuum tamen contractum intelligitur, & certi condictio Titio quæsita, *l. certi* 9. *§. si nummos* 8. *ff. h. t. l. si ita stipulatus* 126. *§. Chrysogonus* 2. *ff. de verbor. obligation.* quod ita in mutuo, uti alia plura, jure singulari receptum est. Quod si socius communem sociorum pecuniam numeravit ut mutuam, non aliter creditam efficit, quam si ceteri quoque consentiant, quia suæ tantum partis alienationem habuit, *l. si socius* 16. *ff. h. t.* cujus etiam solius partis intuitu tunc mutuum consisteret in sociorum dissensu, arg. *l. nam & si fur* 13. *§. ult. in fine ff. h. t.* nisi per mutuatarium nummi jam consumti sint; tunc enim ex consumtione confirmato mutuo in nummis alienis, etiam condictio ex consumtione danda foret, ut post dicetur.

8 Non tamen mutuum dare potest pupillus sine tutoris auctoritate, *§. ult. Instit. quibus alien. licet vel non l. non omnes* 19. *§.* 1. *ff. h. t.* Nec præsides provinciæ eorumque ministri, qui ad tempus, non perpetuo funguntur officio: sive per se sive per interpositas personas id faciant, *l. principalibus* 33. *l.* 34. *ff. h. t. l. eos qui*, 3. *C. si certum pet.* (quod tamen hodie non servari, notat Perezius *Cod. si certum petatur num.* 5.) nec quisquam nummos alienos suo nomine sine domini voluntate, quippe quos extantes dominus vindicare posset, bona fide consumtos condictione repetere; puta, condictione sine causa; de consumtis mala fide ad exhibendum agere, *l. rogasti* 11. *§. ult. ff. h. t.* vel etiam consumtos condicere, cessa sibi per eum, qui nummos numeraverat, condictione, quæ danti fuerat vel ex stipulatione de restituendo, vel ex consumtione accipientis quæsita, *l. quamvis* 2. *C. si certum pet. l. nam & fur* 13. *h. t.* Observandum enim, sæpe mutuum, quod ab initio non recte datum erat, atque ita, ex numeratione inutile, dum obligatio ex mutuo nasci non potuit, quamdiu id, quod datum erat, accipientis factum non esset, quasi deficiente obligandi causa, postea tamen ex consumtione convalescere, ac parere condictionem ex consumtione, non præcise domino nummorum, sed numeranti accommodandam; eo quod non, unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, sed qui contraxit, sic ut propriam numeravit, in hujusmodi obligationibus, requiritur, *l. non omnis* 19. *§. ult. in fine ff. h. t.* junct. *l. non unde* 7. *C. si cert. petatur.* Qua ratione pupillo mutuum numeranti sine tutoris auctoritate, & furioso, & prodigo, & furi vel prædoni post consumtionem nummorum per ipsos nullo jure mutuo daturum condictio data est, *§. ult. Instit. quibus alien. licet vel non, l. rogasti* 11. *§. ult. l.* 12. *l.* 13. *pr. & §.* 1. *l. non omnis* 19. *§.* 1. *ff. h. t.* quod & usu probatum, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 14. Quin imo, etsi reprobi nummi dicantur mutuo dari, si tamen per recipientem tanquam probi expensi fuerint, magis esse puto, ut hic quoque numeranti jus suum crediti ex consumtione firmatum sit. Licet enim fateri necesse sit, reprobis nummis solutis liberationem debitori solventi non contingere, *l. eleganter* 24. *§. qui reprobos* 1. *ff. de pignorat. act.* similique modo, nummis non probis ex causa mutui datis, jus crediti non nasci: expensis tamen iisdem per accipientem, ut probis, & debitori liberationem competere, & mutuanti suum jus crediti confirmari, dicendum est: tum, quia vix est, ut probari queat, reprobos fuisse, quos accipiens iterum tanquam probos erogavit; tum quia, eo maxime probato, audiendus non est quisquis propriam audet turpitudinem allegare; allegat autem, qui se reprobam pecuniam pro proba expendisse, quod legibus interdictum, commemorat; tum denique quia is, qui per reproborum nummorum numerationem ex causa mutui obligari non vult, vel debitorem suum liberari non patitur, ita demum reproborum nummorum exceptione tueri sese potest, si reprobos restituat, *d. l.* 24. *§.* 1. *ff. de pignorat. act.* Etiamsi de cetero verum sit, impune ferre non oportere, sed tanquam falsi reum coercendum esse, qui sciens dolo malo reprobos pro probis numerasse, probatur, de quo *ad tit. de lege Cornelia de falsis*.

9. Quid, quod & ante consumtionem pecuniæ, per non dominum suo nomine numeratæ, mutuum utiliter convalescere intelligitur, si accipiens eam nondum consumptam usuceperit, cum per istam usucapionem sic adimpletam ipsi danti suum jus crediti confirmatum sit, dum ipse est, qui accipienti præstitit usucapiendi facultatem, arg. *l. si aliedam* 13. *l. qui alienam* 33. *ff. de mortis causa donat.* Consumti autem nummi aliæque res fungibiles intelliguntur, non modo si erogati fuerint, aut oleum, vinum, frumentum similiaque per usum, in abusu consistentem, esse desierint; sed &, si ita hæc omnia rebus acci-

pientis propriis mixta fuet'nt, ut discerni ultra non possint, *l. si alieni* 78. *ff. de solut.*

10. Quod si filiusfamilias viaticum suum, (quod scilicet ei peregre studiorum causa degenti in iter & alimenta pater subministraverat seu in sumtum destinaverat) mutuum dederit, cum studiorum causa Romæ ageret, responsum est g Scævola, extraordinario judicio illi subveniendum esse; cum alioquin filiusfamilias vulgo nequeat suo nomine actionem in judicio movere, *l. cum filiusfamilias* 17. *ff. h. t. l. si longius* 18. *in fine ff. de judiciis*, junct. *l. filiusfamilias* 9. *ff. de oblig. & act.*

11. Accipere mutuum possunt omnes, qui & efficaciter obligari; etiam præsides provinciarum, *l. praesidis* 34. §. 1. *ff. h. t.* non tamen judices, apud quos lis pendet, ab iis, ad quos ea lis pertinet; quippe qui mutuum tunc dantes videri possent judicum corruptores, & (ut rescriptum habet) legum & provinciæ emptores esse, *l. quisquis* 16. *C. h. t. si certum petatur.* Sed & mutuum recte accipiunt civitates aliæque universitates & Ecclesiæ per suos administratores: ut tamen hæ non aliter obligentur ex mutuo administratoribus adnumerato, quam si doceatur, illud in rem ipsarum versum esse; cum alioquin ipsi potius administratores, qui contraxerunt, suo nomine ex mutuo tali conveniendi forent, *l. civitas mutui* 27. *ff. h. t. novell.* 120. *cap. & hoc quidem* 6. §. *ult.* vel etiam probetur, nominatim administratoribus id ex universitatis consilio atque decreto legitime & ex more interposito mandatum esse, ut universitatis nomine mutuam pecuniam sumant; tunc enim necesse non est ad obligandam universitatem, ut creditum re ipsa verum sit. Scilicet administratori rerum universitatis earundem quidem bene curandarum, conservandarumque provincia incumbit, sic ut sine speciali universitatis mandato possit ea omnia facere, sine quibus rerum talium gestio atque tuitio peragi nequit, arg. *l. cui jurisdictio* 2. *ff. de jurisdictione*, gravare tamen universitatem nequit mole æris alieni, mutuum suo arbitratu nomine universitatis accipiendo; cum id ad administrationem non pertineat, sed magis ita universitas perderetur ac mergeretur, arg. *l. habebat* 13. *ff. de institoria act.* Sed si consilio ex more habito, ac decreto subsecuto, administrator sic speciali instructus mandato mutuam acceperit pecuniam nomine universitatis, illa procul dubio obligata efficietur etiamsi creditor haud probaverit, in utilitatem ejus creditum versum esse, vel etiam constaret, administratorem istas pecunias inutiliter absumsisse: eo quod creditor ex mandato administratori dato nummos ei numerans ex mutui causa, non tam administratoris, quam potius universitatis mandantis fidem secutus intelligitur; eo modo, quo quis credens magistro navis, cui tacitum ex præpositione mandatum est datum, ut nempe contrahat, quoties navis tali sumtu indiget, non ultra quicquam inquirere tenetur, quam an mandato locus sit, id est, an tali sumtu navis indigeat; quo comperto, tuto credit magistro navis, & exercitorem sibi obligatum efficit: non modo cum pecunia in navis usus a magistro versa est, sed & cum is mutata mente in suos usus bonos malosve eandem derivavit, *l.* 1. §. *unde quaeris* 9. *l. ult. ff. de exercit. actione*, arg. *d. l. habebat* 13. *ff. de institoria actione.* Utrobique enim est quod sibi tum universitas tum exercitor imputare debet, quod talem suis negotiis ac pecuniis mutuis accipiendis præfecerit. Et hanc ex legibus Romanis petitam distinctionem circa universitates mutuo obligandas per suos administratores, non obscure comprobavit jus canonicum in *cap. pen. extra, de fidejussoribus*, dum illic a Pontifice constitutum est, *ne quis religiosus absque majoris partis capituli & abbatis sui licentia ab aliquo pecuniam mutuam accipiat; alioquin non teneatur conventus pro his aliquatenus respondere: nisi forte in utilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundasse.* Si ex consensu majoris partis capituli & abbatis mutuum acceptum esset, non inquirendum amplius erat utrum in conventus aut monasterii utilitatem versi fuissent nummi, nec ne; sed id unum, an Abbatis & capituli licentia intervenisset, ad id ut conventus aut monasterium ex illo mutuo teneretur. Sed si consensus ille defuisset, tum verum erat, ita demum ex mutuo obligari istam religiosorum universitatem, si in utilitatem domus ipsius versam fuisse pecuniam manifesto constet. Confer *tit. quod cujusque universit. nomine num.* 4. Fachineum *controvert. libr.* 2. *cap.* 75. 76. 77. Andr. Gayl. *tract. de arrestis imperii observat.* 9. *num.* 5. *& seqq.* Menochium *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 432. Hartmannum Pistoris *libr.* 1. *quaest.* 37. Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 41. 42. 43. 44. Joh. a Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 2. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 6. *defin.* 18. 19. Responsa Juriscons. *Holl. part.* 4. *consil.* 91. Huberum *ad Pand. h. t. num.* 8. *& seqq.* Mævium *de arrestis cap.* 8. *num.* 204. *& seqq.* Interim malitia quorundam ærarii quæstorum, mandati occasione majorem pecuniæ quantitatem, quam mandato cautum erat, nomine reipublicæ mutuo accipientium, effecit, ut hoc sæculo *anno* 1651. *die* 6. *Octobr. vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 1506. per Hollandiæ Ordines sancitum fuerit, non obligari Hollandiæ provinciam ex solis quæstorum cautionibus, quibus fatentur, se nomine ac mandato Ordinum mutuas accepisse pecunias (vulgo recepisse) sed demum, si solemnia instrumenta, specialem Ordinum ratihabitionem continentia, mutuantibus porrecta fuerint; qui etiam monentur non nisi ad talium solemnium instrumentorum traditionem mutuam quæstoribus pecuniam numerare. Qualis lex an nunc adhuc vigeat, merito dubites; dum nunc non aliter reipublicæ mutuum credi solet, quam scriptura privata primitus a quæstoribus ærarii recepta, quæ pluribus sæpe mensibus demum elapsis cum solemni obligationis instrumento commutatur.

12. Porro, quia pupilli & minores efficaci mandato suos tutores & curatores ad mutuum suo nomine accipiendum instruere non possunt, hinc nec aliter ex mutuo, quod tutores vel curatores se nomine pupillorum accepisse confessi sunt, pupilli ipsi obligabuntur, quam si in eorum utilitatem versum constet, *l. si in rem* 3. *C. quando ex facto tutoris vel curat. minor. agere vel conveniri debeat*, arg. *l. civitas* 27. *ff. h. t.* junct. *l. rempublicam* 3. *C. de jure reipublicae*, sic ut minores, in quorum rem mutuum non cessit, ne restitutionem quidem opus habebant; quippe ad quam demum confugiendum fuit, quoties ipsi tutoribus aut curatoribus auctoribus mutuum probarentur accepisse, ipsique contraxisse, juxta *l.* 1. 2. *C. si adversus creditorem.*

13. An autem, & quousque uxores mutuum accipere ac maritos aut se obligare valeant, in materia tutelæ & nuptiarum tractandum est.

14. Effectus mutui ex parte dantis est, quod & dominum rerum fungibilium datarum & periculum in accipientem transit: in mutuo enim corporum datorum alienationem contingere nec ipsa corpora, quæ appensa admensa vel adnumerata sunt, sed tantum alia similia, ad mutuantem redire oportere, expeditum est, *pr. & §. item is 2. Instit. quib mod. re contrah. oblig.* Unde & dubitatum fuit, an mutuum esset, si tibi pecuniam donassem, ut eam mihi crederes tuque credideris; eo quod nummi, quos donavi, ut mox reciperem, non videntur ex meo dominio exivisse; neque enim alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur, *l. qui sic solvit* 55. *ff. de solution.* Sed benigne receptum fuit, tale mutuum valere *l. si tibi pecuniam* 20. *ff. h. t. l. qui id, quod* 33. *§. ea lege* 1. *ff. de donation.* nec obstat d. l. 55. *de solutionibus*, tum quia jurisconsultus in d. l. 20. ipse fatetur, secundum subtilitatem verborum neque mutuum neque donationem tali in casu esse; utrumque tamen ex benignitate valere: tum quia d. l. 55. demum obtinet, si nulla ad accipientem utilitas ex tali donatione perveniat; alioquin enim dominium etiam brevissimo temporis spatio transire atque redire posse, si quod inde commodum accipienti accedat, patet ex *l. servus dotalis* 53. *ff. soluto matrimonio*, ubi servus dotalis heres institutus uxori per maritum stante matrimonio redditus est, ea conditione, ut cum jussu ejus tanquam dominæ, hereditatem adierit, eique acquisierit, rursus marito retradatur. Quo modo etiam in nostro casu utilitas accipientis nummos ea lege, ut iterum det mutuos, in eo est, quod ad brebe tempus eos ex donatione capiens, mox reddendo obligationem sibi ex mutuo quæsivit.

15. Ex parte accipientis mutuum id operatur, quod ipse incipit mutuanti obligatus esse; & inde adversus ipsum certi condictio ex mutuo datur: quæ est actio personalis, stricti juris, competens mutuanti & ejus heredibus, si modo mutuans fuerit nummorum dominus, aut alienos nummos suo nomine numeraverit ex domini voluntate: neque enim domino nummorum hæc actio competit, nisi per numerantem suo nomine non dominum ea cessa sit; vel nisi obligationis instrumento insertum sit, debitorem restituturum mutuam pecuniam possessori chirographi (*toonder deses*) cum eo casu non soli nummorum domino, sed & cuivis alteri chirographi possessori sine speciali cessione contra debitorem agendi potestas sit, nisi probetur eum mala fide cautionem possidere, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 5. *cap.* 5. *num.* 7. ibiq. Groenewegen. Si plures simul dederint, singulis actio pro parte danda est, cum hoc debitum dividuum sit, nisi id actum fuerit, ut unusquisque solidum repetere posset; quo casu præventioni locus foret. Quod si quis nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit, Titio magis, quam numeranti, ut ut nummorum domino, hæc actio danda foret, sive Titio sciente, sive eo ignorante, id contigisset, *l. certi* 9. *§. si nummos* 8. *ff. h. t. l. si ita stipulatus* 126. *§. Chrysogonus* 2. *ff. de verbor. obligat.* multoque magis id obtinebit, si nummi ad ipsum Titium pertinentes Titii nomine ex mutui causa per procuratorem ejus aut negotiorum gestorem numerati sint, *l. cum per liberam* 2. *C. per quas personas nobis acquir. l. si absentis* 4. *C. si certum petat. l. si pecuniam* 28. *ff. h. t.* Plane si quis alienos nummos ex mutui causa numeraverit tanquam suos, vel alia ratione mutuum non recte contractum sit, non nisi post consumtionem obligatio & certi condictio nata censeri debet, nisi is, qui alienos tanquam suos dederat suo nomine, stipulatus insuper esset, eo: sibi restitui, quo casu, iis adhuc extantibus, non hac, sed ex stipulatu condictione experiri posset, ut ante monitum, *l. nam & si fur* 13. *ff. h. t l. si quis pro* 56. *§. si nummos* 2. *ff. de fidejussor. l. quamvis* 2. *C. si cert. petat.*

16. Illud mutuanti in repetitione, per hanc actionem facienda, non obest, quod forte mutui numerationi conventionem aliam adjecit, quæ inutilis est. Qua ratione, si suo nomine decem numeraverit, & hæc alii reddi stipulatus sit, quamvis inutilis sit alteri facta stipulatio, ipse tamen condicere hac actione decem potest, *l. certi* 9. *numeravi* 4. *ff. h. t.* idemque est, si id, quod suo nomine numeraverat, sibi quidem restitui stipuletur, sed sub impossibili conditione, contractus vitiante; nam & hic mutuum utiliter datum ab inutili stipulatione separandum est, *d. l.* 9. *item quæri* 6. *ff. h. t.* Sed & si pupillo quis mutuum dederit tutoris auctoritate, vel alteri majorenni, cui mox post dationem bonis interdictum est, deinde a pupillo solo vel prodigo sine tutoris aut curatoris auctoritate stipulatus sit, salvam adhuc ei esse ex mutuo condictionem, responsum est, *d. l.* 9. *§. idem erit* 5. *& §. sed &, si* 7. *ff h. t.* nisi novandi animo stipulationem cum pupillo prodigove fuisse subsecutam probatum sit, arg. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de novation.*

17. Conveniendus per hanc certi condictionem mutuatarius; & si plures sint, singuli pro parte, quoties se singuli non nominatim in solidum obligarunt, *l. si non singuli* 5. *l. si in rem* 12. *C. si certum pet.* Præsertim, cum & præsumendum in dubio sit, ad unumquemque datam ex causa mutui pecuniam pro virili parte pervenisse, arg. *l. reos* 11. *§. cum tabulis* 1. *ff. de duobus reis constituendis.* Ant. Faber C. *lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 21. Si plures unius mutuatarii heredes sint, secundum jus commune, quo obligationes hereditariæ dividuæ ac actiones ipso jure inter coheredes divisæ sunt, non nisi pro ea parte, qua heredes sunt, tenentur, *l.* 1. *C. si cert. pet.* arg. *l.* 1. *& tot. tit. C. de hereditar. action.* adeo ut ne speciali quidem stipulatione mutuatarius mutuanti facultatem concedere queat, conveniendi ex mutuo unum ex mutuatarii heredibus, mutuantis arbitrio & electione. Etsi enim testamento debitor unum ex suis heredibus integri debiti solutione onerare queat, sic ut eo casu reliquis liberationem ab onere æris alieni legasse intelligatur, *l. servo legato* 69. *§. si testator* 2. *ff. de legatis* 1. contractu tamen id agere non potest, ut unus ex pluribus heredibus solus creditori obligatus esset, &, si id maxime actum sit, tamen pactum tale conventum non creditori tantum, sed & ceteris gravatis coheredibus inutile esset, sive stipulationi sive mutuo insertum, *l. eum, qui ita* 56. *§. te & Titium* 1. *ff. de verbor. obligat.* junct. *l. omnia* 7. *ff. h. t.* Uti enim non potest obligare plane extraneum, ita nec heredem ultra eam partem,

ex qua is heres est; cum partium aliarum coheredibus datarum intuitu hic pro extraneo habendus sit. Eoque facit, quod ne tunc quidem, cum per testamentum onus illud æris alieni persolvendi uni ex pluribus heredibus impositum est, creditori ullum jus agendi in solidum contra gravatum nascitur, sed magis secundum juris Romani principia contra singulos heredes sunt, experiendum est; dato ipsis regressu adversus eum, qui solus solvere testamento damnatus est; *d. l.* 69. §. 2. *ff. de legatis* 1. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *c.* 11. *num.* 15. *in med.* Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 37. *n.* 15. Adde *tit. famil. ercitcun. n.* 27.

18. Petitur hac actione, ut tantundem, seu res eadem in genere, ejusdem bonitatis ac quantitatis reddatur, *l. cum quid* 3. *ff. h. t.* non plus, quam datum est, licet id pacto actum esset, ut plus reciperetur, veluti pro decem numeratis undecim, *l. rogasti* 11. §. *si tibi* 1. *ff. h. t.* constitit enim, re non posse obligationem contrahi, nisi quatenus datum est, *l. si tibi decem* 17. *pr. ff. de pactis*, *l. cum ultra* 9. *C. de non numerat. pecunia*, adeo ut ne usuræ quidem fœnebris pecuniæ ex pacto peti potuerint, sed tantum ex vinculo stipulationis; eo quod jure Romano actionem ex pacto stricti juris negotiis addito non dari, *tit. de pactis* dictum est, *l. quamvis usura* 3. *C. de usuris*, idque eo magis, quia hæc actio certi condictio est, obligatio vero usurarum incerta pro temporis duratione, *l. ubi autem* 75. §. *pen. ff. de verbor. obligat.* absurdum vero fuerit, incertum peti certi condictione. Hodie tamen, uti ex alia quavis nuda conventione, ita ex pacto numerationi addito recte agitur ad usuras, aut ad undecim cum decem dati essent, si modo nihil in fraudem usurarum legitimarum fiat. Groenewegen ad *leg.* 17. *ff. de pactis*. Plane si decem dati fuerint ea lege, ut novem reddantur, non minus civili quam hodierno jure conventio servanda est, *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* junct. *leg. in traditionibus* 48. *ff. de pactis*.

19. Reddendum autem mutuum eo loco, quo datum est, nisi locus alius restitutioni destinatus sit, de quo alibi: tempore etiam per conventionem definito, alioquin, die non apposito, non statim, sed post temporis modici lapsum, ut tempore medio aliquam saltem ex mutuo ac usu pecuniæ utilitatem mutuatarius sentire potuerit; quod arbitrio judicis pro re nata definiendum. Ut enim commodato sine temporis adjectione concesso, officii & humanitatis ratio patitur, intempestive commodatæ rei usum auferri, *l. in commodato* 17. §. *sicut autem* 3. *ff. commodati*, ita quoque iniquum esset, mutuatarium, qui quasi beneficio mutuantis juvari debet, per subitaneam numeratæ pecuniæ repetitionem eludi, decipi, circumscribi. Et quamvis verum sit, in omnibus obligationibus, in quibus dies appositus non est, præsenti die deberi, *l. in omnibus* 14. *ff. de reg. juris*, *l. eum, qui calendis* 41. §. 1. *ff. de verbor. obligat.* non tamen eo humanitas atque etiam arbitrium judicis exclusum censeri debet, ut mutuatario convento modica vel per mutuantem vel per judicem dilatio tribuatur, pro negotiorum diversitate, arg. *d. l.* 17. §. 3. *ff. commodati*, *l. quod dicimus* 105. *ff. de solution. l. promissor Stichi* 21. §. 1. *ff. de constituta pecun. l. cum militi* 16. §. 1. *in fine ff. de compensation.* sic ut merito huic rei applicueris illud Pauli, hæc æquitatem suggerere, etsi jure deficiamur, *l. in summa* 2. §. *item Varus* 5. *ff. de aqua pluv. arcend. act.* Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 52. Menochius *de arbitrar. judicum lib.* 2. *casu* 22.

20. Diei tamen adjecti occasione dubium, an mutuatarius invito mutuanti ante diem, restitutioni tempore numerationis dictam, obtrudere queat mutui redditionem. Sane, si ut plerumque adsolet fieri, in mutuatarii gratiam dies adjectus sit, quo possit interim conquirere quod reddat; dubium non est, quin & maturius mutuantem invitum ad recipiendam ex mutui causa debitam pecuniam jure compellat; cum suo quisque juri ac favori recte renunciet, *l. quod certa* 70. *ff. de solut.* arg. *l. pen. C. de pactis*, junct. *l. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam* 16. *l. eum, qui* 41. *ff. de verbor. obligat. l. intra dies* 7. *ff. de re judicata*, eoque pertinet, quod a Venulejo scriptum est, id quod in diem debetur, ante solvi posse, licet peti non possit, *l. continuus actus* 137. §. *cum ita* 2. *circa fin. ff. de verbor. obligat.* Adde *l. Javolenus* 15. *in fine ff. de annuis legatis*. Si vero in ipsius mutuantis gratiam potissimum diem restitutioni præfinitum esse constet, dum pactus est, sibi demum post anni bienniive decursum mutuum restitui, ne alioquin quot mensibus, aut saltem sæpius, de collocanda fœnori aut in alios usus vertendi pecunia sollicitus esse teneatur, sæpius etiam otiosos penes se diutius servare nummos præter expectationem maturius redditos, non animadverto, cur mutuatario liberum esset ante tempus reddere, quod ea lege, ne ante reddat, accepit: nisi interusurium temporis needum ex pacto elapsi superaddere paratus sit. Etsi enim a variis traditum inveniam, sustineri non oportere pactionem illam, qua id agitur, ne intra certum tempus mutuum reddi queat, Molinæus *tract. de usuris quæst.* 51. *num.* 354. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 122. *n.* 69. 79. 71. Sande *decis. frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 11. *in fine*, Ant. Matthæus *parœm. Belgar. jurisconf.* 4. *num.* 7. rationi tamen naturali ac certis juris principiis id adversari putem. Primo enim constat satis ex *l. Javolenus* 15. *ff. de annuis legatis*, per heredem id, quod in diem a testatore legatum erat, ante diem non recte solvi, si probatum fuerit, propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, legatum in diem relictum esse: sive autem pacto sive testamento dies in creditoris gratiam adjectus fuerit, quid, quæso, refert? Cujacius ad *l.* 38. §. *inter incertam* 16. *ff. de verbor. obligationib.* Deinde, cum expeditum sit, eum, qui ædium usum conduxit in certum tempus, migrare ante tempus non posse, aut derelinquere contra placita ædium usum; quin nihilominus integri temporis, contractu definiti, pensionem præstet, *l. dominus* 55. §. *ult. ff. locati*, sufficiens nulla diversitatis ratio reddi potest, cur non in usu pecuniæ, in abusu consistente ac per mutuum concesso, æque efficaciter conveniretur de usu pecuniæ ad certum usque tempus sub usuris retinendo. Vanum sane simulque fictum est, in usurarum legitimarum fraudem ita quicquam agi. Et, si valeat conventio, ut post certum tempus reddere liceat, cui tacite inclusum, ne ante illud tempus restitutio fiat, ut id plures censent secundum Christinæum *ad Leg. Mechl. tit.* 12. *art.* 3. *n.* 4. *in notis*, consequens est, nisi in verbis ludere visum sit, superiorem quoque conventionem, de mutuo non nisi post

tempus invito mutuanti reddendo, justam esse ac extra fœnoris illiciti vitium positam. Atque hoc fundamento nititur nunc passim probata illa pactio, ne debitor creditori sortem reddat, nisi facta creditori ante sex menses aut aliud tempus denunciatione, eam restitutum iri; quo non aliud efficitur, quam ne intra certum tempus restitutio mutui permissa sit, Mevius ad *jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 12. *num.* 4 & *seqq.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 35. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 12. *art.* 2. *num.* 8. Zoesius *ad tit. pand. de solution. num.* 31. Vinnius *ad* §. 2. *Instit. de verb. oblig. num.* 4. Abr. a Wesel *de novel. constit. Ultraject. art.* 20. *num.* 12. 13. ibique plures allegati. Quod ipsum isti quoque conventioni inclusum est, quum mutuatarius in annum mutuam accepit pecuniam sub usuris: in quantum ante annum reddere tunc sortem nequit, nisi oblatis simul anni totius usuris, arg. *l. qui Romæ* 122. *ff. de verbor. oblig.* Groenewegen *ad d. l.* 122.

21. Restituenda ex mutuo simul & semel tota quantitas: non enim particularem solutionem, multa sæpe incommoda habentem, creditor invitus tenetur admittere, nisi id actum sit, *l. tutor.* 41. §. *Lucius* 1. *ff. de usuris*, *l. obsignatione* 9. *C. de solut.* aut pars debiti sit liquida ac in confesso, pars illiquida, sic ut de ea litigatum eundum sit, *l. quidam existimaverunt* 21. *ff. h. t.* aut plures unius mutuantis vel mutuatarii heredes sint, qui singuli non ultra partem suam hereditariam ex mutuo aliisque causis accipiunt, aut reddere compelluntur, *l. pro hereditariis* 2. *C. de heredit. action. l. per familiæ* 2. §. *ult. l.* 3. *l. heredes* 25. §. *si miles* 1. *ff. famil. ercisc.*

22. Est & restituenda res ejusdem generis, non aliud pro alio, nisi creditori consentienti aliud in solutum detur, *l. eum, a quo* 16. *C. de solution. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. h. t.* junct. *l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vendit.* adeo ut, si mutui nomine acceperim auri vel argenti pondus, reddere non possim invito creditori pecuniam ad numerum; cum alia sit pecunia numerata, seu signata, aliud aurum argentumve infectum, cujus solum pondus spectatur & materia, nec alterum sub altero contineatur, arg. *l. cum aurum* 19. *ff. de auro argento legato*, etsi aliud id donationibus placuerit, dum mitius cum eo agendum videtur, qui ex sua liberalitate debitor est, *l. si quis argentum* 35. *pr. C. de donation.* junct. *l. Divus Pius* 28. *ff. de reg. jur.* dissentit Pinellus *ad tit. C. de rescind. vend. in rubr. part.* 1. *cap.* 3. *n.* 9. & *seqq.* Quod si aliud instrumento, quasi numeratum comprehensum sit, aliud vere mutui titulo datum constet, non quod scripto cautum, sed quod re ipsa numeratum, reddendum est; eo quod plus valere debet quod agitur, quam quod simulate vel per errorem, conceptum est, *l. si non singuli* 5. *C. si cert. petatur*, *tit. Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concip.* &, uti absurdum creditum, re obligationem ultra contrahi, quam datum est, *l. si tibi decem* 17. *pr. ff. de pactis*, *l. cum ultra hoc C. de non numerat. pecun.* ita ineptum æque esset, re quemquam obligari in aliud, quam quod ei numeratum fuit.

23. Pecuniam tamen mutuo acceptam nemo restituere tenetur regulariter in eadem moneta, sed alios nummos æque probos, seu idem valentes, dando liberatur, veluti aureos pro argenteis, & vice versa; cum in nummis mutuo datis non tam corpora quam quantitates spectentur, nec hactenus denarii ab aureis, neque aurum ab ære distet, arg. *l. quæ extrinsecus* 65. §. 1. *ff. de verbor. obligat. l. etiam aureos* 159. *ff. de verb. sign.* junct. *l. si is, cui* 94. §. *sin autem* 1. *ff. de solution. l.* 1. *ff. de contrah. emt. l. plane, ubi* 34. §. *sed si non corpus* 3. *ff. de legatis* 1. nisi nominatim aliud actum sit, vel inde damnum passurus esset mutuans, forte nimis minuta reddita moneta, vel alio modo, *l. debitorem* 99. *ff. de solutionibus* (ubi pro *debitorem* oportere legi, *creditorem*, Gothofredus in notis aliique jure monent) Fachinæus *controv. lib.* 2. *cap.* 50. Pinellus *ad tit. C. de rescind. vend. in rubric. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 16. 17. quod & per universum orbem invaluisse testatur Parladorius *rerum quotidian. libr.* 2. *cap. fin. part.* 5. §. 17. *num.* 13. & *seqq.*

24. De mutatione monetæ inter diem mutui dati ac restitutionis gravis controversia est, cui illa noceat, debitorine, an creditori, & num idem an vero aliud in intrinseca bonitate, aliud in externo valore mutato statuendum sit? multos sane hac de re ita scripsisse deprehendo, ut post longam disputationem vix, quid velint, assequaris; quod ne & mihi eveniat, quibusdam præmissis cavere annitar. Considerandum itaque, internam nummorum bonitatem mutari, quoties ipsa proba nummorum materia, ex qua fabricantur, aurum, puta vel argentum, in nummis recentioribus minori invenitur pondere seu quantitate, quam in vetustioribus; dum posteriores vel eandem quidem cum prioribus materiæ auri aut argenti puritatem bonitatemque habent, sed levioris ponderis sunt; vel ex adverso idem quidem cum prioribus pondus habent, sed plus æris aut alterius metalli singulis mixtum est; quo per artem separato, minor auri vel argenti puri quantitas deinceps in recentioribus quam antiquis apparet. Sciendum quoque, externam nummorum bonitatem consistere in valore, qui materiæ publice signatæ auctoritate publica imponitur ea mente, ut perpetuus stabilisque sit: quo fit, ut usum dominiumque pecunia non tam ex substantia, quam quantitate præbere intelligatur; imo non amplius corpus, sed sola quantitas & æstimatio illa publica deinceps spectanda sit, *l.* 1. *ff. de contrah. emt. l. si is, cui* 94. §. *sin autem* 1. *ff. de solutionibus*, per quam pecuniæ corpora semel æstimata omnem in posterum aliam respuunt privatam æstimationem, omniaque æstimant, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus*. Notandum insuper, mutari quandoque externum ipsius materiæ, id est auri argentique valorem, per usum atque commercia hominum aucto rudis auri aut argenti pretio; & ita quidem, ut non pari proportione surgat utriusque metalli, ex quo nummus constat, æstimatio, sed magis auri, quam argenti, aut vice versa: ex quo deinde necessario augenda quoque venit publica nummorum jam cusorum cudendorumque æstimatio, etsi materia eorum neque melior neque major sit; qua ratione, cum verbi gratia ducatus aureus simplex anno 1595. valeret publice florenis Hollandicis tribus & octo stuferis, Dalerus imperialis argenteus duobus florenis & quinque stuferis, secundum placitum Ordinum generalium anno 1594. 2. *Septembr. vol.* 1. *placitor. Holl. fol.* 2636. per varias mutationes intra dimidiati seculi spatium res eo deducta fuit, ut juxta edictum eorun-

dem Ordinum *anno* 1645. 6. *Martii d. vol.* 1. *pag.* 2892. valor Daleri ascenderit ad duos florenos & decem stuferos, ducati vero aurei ad quatuor florenos stuferosque quindecim; eadem in reliquis aureis argenteisque nummis servata augmenti proportione. Junge Emanuelis Meterani historiam *lib.* 12 *in fine.* Ex quo apparet, argenteæ monetæ valorem nonâ tantum parte auctum fuisse, aureæ autem amplius, quam quarta parte, quia scilicet minus argenti quam auri infecti pretium creverat commercio mercatorum. Etenim ultimo animadvertendum, ita plerumque in rebuspublicis ac regnis bene constitutis externum valorem nummis auctoritate publica solere, atque etiam oportere imponi, ut cum intrinseca materiæ bonitate conveniat, eique respondeat, seu, ut tanti valeant propter materiam nummi liquefacti ac in rudem auri vel argenti massam redacti, quanti valent signati, deductis solummodo impensis ad pecuniam formandam signandamque factis, et levi alia in majestatis signum publico cessura portione: ac propterea etiam vel in totum interdici usu nummorum, in quibus deprehenditur deficere materiæ bonitas, vel publicam pro rata imminui eorum æstimationem, *l. creditor oblatam* 102. *ff. de solution.* Quibus præmissis, ajo, bonitatem internam et externam nummorum mutatam, ipsamque etiam mutationem valoris metalli seu materiæ, quæ mutationibus superioribus occasionem præbere solet, cedere lucro et damno debitoris, præcipue mutuatarii, ad reddendam pecuniam devincti; sic ut ille, aucto publico nummorum valore, liberari possit, pauciores reddendo, quam mutuos acceperat; eo vero diminuto, plures pro rata restituere teneatur; et si forte ex metallo puriore constantes acceperit, reddere deinde possit alios ex materia viliore per quandam tolerantiam aut conniventiam aut abusum factos, quamdiu nummis illis intrinsecæ bonitatis intuitu vilioribus sua potestas auctoritate publica adempta non est, ipsique vel in totum reprobati vel externo diminuti valore. Confer Christinæum *vol.* 5. *decis.* 1. *num.* 1. Molinæum *de usuris quæst.* 95. *num.* 729. *& seqq.* Neostadium *Curiæ Holl. dec.* 37. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 18. 19. *& cap.* 14. *num.* 39. 40. 41. Wassenaar *pract. judicieel. cap.* 1 *n.* 102. 103. 104. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 125. *&* 290. 291. 292. Quarum omnium assertionum fundamentum in præcognitis supra enarratis invenitur; puta, quia pecunia, qua talis, usum dominiumque non tam ex substantia, quam quantitate præbet, quæ quantitas ita auctoritate publica definitur, ut illa sola, et nulla alia, in expendendo, inque commercio inter homines, spectanda sit, *d. l.* 1. *ff. de contrab. emt.* Quod et multis Ordinum generalium circa monetam edictis firmatur; quibus post querelas graves de illis, quorum solertia, artibusque etiam non bonis, surgebat in dies auri argentique rudia æstimatio, profitentur, se ex necessitate crescentis istius valoris invitos compulsos esse ad augendam veterum ac recentiorum nummorum potestatem seu publicum valorem, interdicentes de cetero cum pœnæ comminatione, ne quis eos supra istum lege publica stabilitum valorem expendat, oblatosve acceptet. Ut proinde mirari oporteat, cur Vinnius, postquam ad *princ. Inst. quib. mod. re contrab. obligation.* 11. hanc basin constituisset, in nummo non tam corpus, materiam, numerum, qualitatem, quam potestatem, valorem, publica lege impositum, spectari, mox, in *n. seq.* 12. definierit, si bonitas materiæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositus, tempus solutionis in solutione facienda debere attendi. Quæ etiam distinctio eo minus ab eo defendi potuit, quod ipse scripsit ibidem, mutata bonitate intrinseca vel extrinseca, atque adeo utrobique, pretia rerum omnium mutari, & pro modo auctæ vel minutæ bonitatis crescere vel decrescere. Idenim si ita sit, par utique externæ & internæ bonitatis mutatæ ratio non patitur tam diversum constitui jus. Et sane (ut nostra plenius firmetur sententia), de bonitate nummorum interna mutata id manifestum est ex *d. l. creditor oblatam* 102. *ff. de solution.* ubi erosa pecunia, id est, nimium æris admixtum habens adeoque intrinseca bonitate laborans, oblata creditori proponitur eo tempore, quo necdum jussa præsidis reproba erat, nec carpitur facta tunc per debitorem oblatio, sed cum creditor in aliud tempus solutionem differri petiisset, interimque jussu præsidis istud pecuniæ genus, tanquam erosum, sublatum, seu expendi vetitum esset, non creditoris, sed debitoris id damnum esse, a Scævola responsum est. Recensque non absimile non ita pridem in nummis nostratibus argenteis, *Schellingorum* nomine denotatis, exemplum extitit, quippe qui diu publica quadam tolerantia (dum averti non potuit) expensi tanquam sex stuferis nostratibus valentes, etsi constaret, multos recenter cusos non ejusdem cum antiquioribus bonitatis internæ esse, plenissimam debitoribus ipsique mutuatariis ex probiore numerata pecunia obligatis pepererunt liberationem, donec tandem istiusmodi nummorum valori publica lege pars duodecima detracta fuit. Sed & de mutato valore nummorum externo sententiam nostram usus quotidianus & hoc ipsum recentissimum monetæ *schellingorum* mutatæ exemplum abunde confirmat. Nam cum placuisset, usque ad certum diem tolerandum esse talium nummorum valorem hactenus receptum lex *stuferorum*, post diei illius existentiam illos deinceps tanquam tantum quinque *stuferis* cum dimidio valentes expendi debere, contigit frequentissime, ut, qui ante diem illum centum florenos in *schellingis* acceperant mutuos, lapso illo die schellingos, plane similes illis quos acceperant, vel etiam eosdem forte nec erogatos, eodem numero reddendo liberari non potuerint; sed tot nummorum similium corpora addere numeratis debuerint, quot sufficerent supplendæ diminutioni valoris externi. Vicissim occasione valoris perpetui publica auctoritate aucti ob increscens materiæ seu metalli pretium, ab Ordinibus Generalibus constitutum *anno* 1619. 13. *Febr. vol.* 1. *placitor. pag.* 2774. sortes restituendas & redituum annuorum luitiones faciendas esse, considerato in nummis reddendis valore non ejus temporis, quo forte mutui dati, sed qui publice postea anno 1615. stabilitus fuerat. Quibus similia postea iterum fuerunt cauta 21. *Julii anno* 1622. *artic.* 43. 44. *dict. volum.* 1. *pag.* 2813. Nititurque hoc fundamento gravis eorundem Ordinum sollicitudo, dum ajunt, ob crescens in dies auri ipsius & argenti pretium, crescentemque inde externum nummorum valorem, verendum esse, ne annui reditus, stipendia, aliique simile pro-

ventus nummarii, tandem in nihilum probe redigantur; dicto placito 21. *Julii* 1622. *in præfatione*, & 6. *Martii* 1645. *in præfat.*, *d. vol.* 1. *pag.* 390. qui metus vanus esset, si totidem nummi, quot accepti, reddendi forent, non obstante valoris externi augmento. Nec adversatur hisce, quod Ordines iidem edicto *anni* 1606. *art.* 13. *d. vol.* 1. *p.* 2677. permittunt, mutuatarium & annui reditus venditorem stipulari posse, ut sibi liceat reditum luere sortemve reddere nummis solutis secundum valorem, qui tempore luitionis auctoritate publica deprehendetur stabilitus; unde citra stipulationem videri posset contrarium servandum esse. Considerandum enim, articulum illum decimum octavum cohærere articulo decimo septimo, quo vetitum fuerat, ne quis ullo modo contractus iniret, nisi considerato valore nummorum per istud edictum stabilito: ne autem quis crederet, Ordines velle, ne unquam alio valore, utcunque post justis ex causis aucto, nummi redderentur, subjunctum fuit, tales stipulationes licitas esse, nec stipulantes ita peccaturos contra præcedentis articuli prohibitionem; quippe id stipulatione agentes, quod & ex jure communi sine stipulatione justum & servandum erat. Quibus consequens est, ut dicamus, posterioribus hujuscemodi Ordinum constitutionibus derogatum fuisse placito Philippi Hisp. Regis, Hollandiæ Comitis, promulgato 5. *Martii* 1571. *d. vol.* 1. *pag.* 1434. in cujus articulo septimo dispositum fuerat, in redituum annuorum luitione solvendos esse nummos secundum valorem, qui probaretur fuisse eo tempore, quo primum reditus constitutus fuit, etsi appareret eum tempore solutionis fuisse auctum. Hæc tamen omnia ita demum obtinent, si nulla ex parte debitoris vel creditoris mora intercesserit. Si enim debitor nummos, necdum diminuto valore sed forte diminutione imminente, creditori legitimo tempore debitoque modo obtulerit, & non acceptos consignaverit ac deposuerit, uti plenissimam inde liberationem haberet, ita & diminutio valoris postea superveniens non ei, sed soli creditori damnosa foret, arg. *l. obsignatione* 9. *C. de solution. l. tutor.* 41. *§. Lucius* 1. *ff. de usuris.* Et vice versa, si creditor solutionem urserit, ac litem contra debitorem ob id contestatus fuerit, pendente autem lite vel post condemnationem, ante solutionem nummorum valor auctoritate publica auctus sit, debitor non obstante valoris augmento nummos aureos argenteosque deinceps solvere compellendus erit, considerato valore illo, non qui nunc auctus est, sed qui tempore litis contestatæ aut latæ sententiæ obtinebat; atque ita non debitori sed creditori augmentum proficiet. Neque enim æquum erat, ut debitori sua mora prodesset, expensis forte nummis post auctum valorem, quos ante augmentum debuisset minoris æstimatos, adeoque numero plures, præstare: & vicissim creditori noceret, qui illos legitimo tempore sine mora solutos secundum valorem minorem, potuisset rursus aucto demum valore erogasse. Neutri sane suam moram prodesse oportere, & alteri nocere, jus certum est, *l. hominem certum* 37. *in fine ff. mandati l. illud sciendum* 17. *ff. de peric. & commodo rei vend.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 37. Jacobus Coren *observ.* 16. Groenewegen *in notis ad Grotium libr.* 3. *cap.* 14. *num.* 39. Et hoc ipsum est, quod placito Ordinum Generalium cautum fuit, condemnatis ad solvendum, licet provocantibus, non profuturum externi nummorum valoris augmentum, quod appellatione vel executione pendente supervenisset, 21. *Julii* 1622. *art.* 42. *vol.* 1. *pag.* 2813. Sed &, si ponas, mutuantem nominatim pactum esse, sibi tot restitui ejusdem monetæ nummos, quot mutuo dedisset, veluti centum ducatos aureos in specie (ut ajunt) cum centum numerasset; recte dixeris, neque plures neque pauciores reddendos esse, quam accepti sunt, sive creverit sive decreverit hujusmodi monetæ valor: eo quod mutuans tunc corpora & materiam nummorum potius, quam quantitatem & æstimationem publica lege impositam spectasse intelligitur; quod fieri posse, ex multis juris nostri locis patet, *l. tabis scriptura* 30. *§. item si* 6. *l. sed si certos* 51. *l. si servus legatus* 103. *ff. qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. *l.* 1. *§. sed & si* 7. *ff. de dote præleg.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl libr.* 3. *cap.* 10. *numer.* 18. & 19. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. *num.* 103. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 120. 121. & *consil.* 49. Quod si simpliciter id actum sit, ut certa nummorum species reddatur, expresso quoque eorum valore, veluti, *dat het geleende Gelt in Ducaten sal moeten werden gerestitueert, den Ducaat tegens vyf Gulden gereken*; conventio ista non efficit, quo minus secundum ante dicta plures paucioresve reddantur nummi, quam accepti, prout tempore restitutionis publica talium nummorum æstimatio per legem recentiorem aucta vel diminuta erit: cum valor ille censeri debeat pacto expressus esse tantum ad exclusionem valoris, per usum vulgi præter ac contra edicta publica diminuti auctive, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 39. 40. 41. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. *num.* 104. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 135. Confer, si libet, de mutatione monetæ varie scribentes ac sentientes Albertum Brunum *tract. de augmento & diminutione monetarum in oceano juris tom.* 12. *pag.* 207. & *seqq.* Molinæum *de usuris quæst.* 96. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 73. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 28. *defin.* 4. 5. & *constitut.* 29. *defin.* 5. 6. 7. 8. 9. 10. Jacob. Coren *observ.* 16. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 216. *part.* 2. *consil.* 125. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 333. *pag.* 669. *par.* 4. *consil.* 33. *part.* 5. *consil.* 80. Ant. Fabrum *Cod. libr.* 8. *tit.* 30. *defin.* 11. Ant Matthæum *de obligation. disput.* 8. *thesi* 16. 17. 18. Justum Meyereum *Collegio Argentor. ad Pand. b. t. nu.* 30. Fachineum *controv. libr.* 2. *cap.* 9.

25. Si major alibi, alibi minor eorundem nummorum valor sit, in solutione facienda non tam spectanda potestas pecuniæ, quæ est in loco, in quo contractus celebratus est, quam potius, quæ obtinet in regione illa, in qua contractus implementum faciendum est, arg. *l. unic. C. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit, l. ideo* 3. *ff. de eo quod certo loco l. ult. in fine ff. de condict. triticar. l. vinum* 22. *in fine ff. b. t.* eo quod illic contraxisse unusquisque intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. l. at ubi quisque* 3. *in fine ff. de rebus auctor. jud. possid.* Brunnemannus *ad l. unic. C. ubi conven. qui certo loco.* Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *c.* 2. *n.* 15.

26. Non aliter tamen restitutio mutui impetrari potest, quam si probetur illud datum fuisse à

qualis probatio per chirographum fieri potest, quoties illud ab eo, qui scripsisse dicitur, agnitum est; ad quam agnitionem faciendam etiam citari debitor potest, ad eum effectum, ut si citatus prima vice sese non stiterit, adeoque nec scripturæ contradixerit, juris interpretatione, secundum mores nostros agnovisse intelligatur. *Ordonnantie van Iustitie binnem de Steden en ten platten Lande van Holland. anno* 1570. *art.* 1. 3. 10. *statut. Ultrajectic. r.* 7. *art.* 6. Merula *praxi libr.* 4. *t.* 37. *cap.* 2. *numer.* 5. quod & ad heredes ejus, qui scripsisse dicitur, & ad viduam *massariam* dictam, nec non ad successores in beneficiis Ecclesiasticis, ac ad collegia circa scripturam abbatum & aliorum præpositorum productum est eatenus, ut de sua credulitate respondere bona fide compellantur, an defuncti scripturam esse putent, nec ne, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *mem.* 6. Parens p. m. Paulus Voet ad *t. Instit. de literar. oblig. n.* 9. vers. *quæ duo*, Wassenaar *pract. judic. cap.* 6. *n.* 15. Confer Parladorium *rerum quotid. lib.* 2. *cap. fin. part.* 1. §. 5. *num.* 8. *& seqq.* Imbertum *Instit. for. libr.* 1. *cap.* 29. *in notis lit. a.* Quisquis autem scripturam propriam per mendacium inficiatus fuerit, convictus in duplum condemnandus est, *auth. contra C. de non numera a pecun. statut. Ultraject. r.* 7. *art.* 6. Paulus Voet *d. n.* 9. versu *quod si de moribus*, vel saltem arbitrio judicis pro qualitate delicti mulctandus, Groenewegen ad *d. auth. contra C. de non numer. pecun.*

27. Per testium quoque depositionem probari mutuum, dubium non est, si modo de quantitate eadem mutuo data deponant: nam si unus de quinque, alter de decem, tertius de quindecim datis testetur, fidem plenam facere nequeunt; cum testes singulares sint, ac de diversis numerationum actibus videantur deponere; sic ut hic locum invenire nequeat id, quod de arbitris scriptum, *l. diem proferre* 27. §. *si plures* 3. *ff. de recepit.* Adde Mascardum *de probat. conclus.* 1086. *num.* 15. Quod si de mutui quidem numeratione testimonium testes perhibeant, de quantitate tamen adnumeratæ pecuniæ nihil deponant; jusjurandum actori per judicem de quantitate adnumeratæ deferendum videtur, eique, si probabiles nonnullæ negotii qualitates concurrant, standum, arg. *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*, junct. *l. si quando* 9. *C. unde vi, l.* 1. §. *si quis argentum* 40. *ff. depositi, l. ult.* §. *sin autem* 3. *in fin. C. de jure domin. impetr. novell.* 82. *cap. oportet* 10. *cap. ex literis* 32. *extra, de jurejurando.* Parladorius *rer. quotidian. lib.* 2. *cap.* 18. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 21. *q.* 4. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 29. *defin.* 14. Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. n.* 1. Idemque dicendum, si testis unus de numeratione, alter de numerationis confessione testimonium perhibeat; cum tales, etsi non plenam, quia singulares sunt, plus tamen quam semiplenam probationem faciant, arg. *cap. cum dilectus* 3. *extra, de success. ab intestato*, Mascardus *de probation. conclus.* 1086. *num.* 7. 8. 9. 10. 11. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 51. *quæst.* 2. Beslichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 36. *n.* 140. 141. Plura de mutui probatione vide apud Mascardum *d. conclus.* 1086. & de litterarum seu scripturæ collatione *novell.* 73. *ibiq. DD.*

28. Ceterum olim quidem in Hollandia, & Ultrajecti, alibique obtinuit vulgatum illud, *eens Renten altijd Renten*, quod prolixius expositum vide apud Ant. Matthæum *in paræmiis Belgarum juriscons. parœm.* 4. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 20. sic ut sortis repetitio post acceptas anni primi usuras, quasi in annuo reditu constituta, in perpetuum impedita esset, neque id effici pactione posset, ut post acceptas semel usuras integra sortis repetitio esset; maxime, si hypothecam in immobilibus pro sortis & usurarum securitate debitor constituisset; adeo ut pupillaribus nummis per tutorem fœnori collocatis id velut privilegium ætati datum fuerit, quod majorennes facti sortis per tutorem collocatæ haberent exactionem, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 9 *n.* 13. Ant. Matthæus *d. parœmia* 4. *n.* 10. in verb. *enumeremus*, quod & in residuo rerum immobilium pretio, pro cujus solutione tempore solemnis traditionis res ipsa immobilis vendita coram lege loci devincitur, receptum fuit. Ant. Matthæus *d. parœmia* 4. *num.* 14. (revera) *num.* 10. vers. *tertio; excipienda*, & forte aliis paucis in casibus in ejusdem parœmiæ interpretatione, & apud Wesel ad *d. art.* 20. recensitis. Sed postea generaliter Hollandis placuit, conventionem servandam esse, qua id actum fuit, ut mutui, etiam usurarii repetitio post acceptas repetitis vicibus usuras pignusque immobile constitutum libera ac permissa sit. Ultrajecti vero ex novella decisione *anni* 1659. *d. art.* 20. ita jus esse cœpit, ut in simplici mutuo usurario promiscue, sine usurarum distinctione, sortis repetendæ potestas ex pacto sit; at in eo, quod hypotheca immobilium munitum est, ita demum, si usuræ pendantur quincuncibus minores; quas tamen si mutuatarius usque ad quincunces augere velit, perenni usurarum solutione defungi potest, & sortis restitutionem declinare.

29. Qua posita statutorum diversitate, si quæratur cujus loci leges spectandæ sint in quæstione, utrum mutuum post acceptas usuras repeti possit, nec ne; dicendum est, in simplici quidem mutuo locum contractus inspici oportere, qualis est etiam ille in quem solutio destinata est; ut alibi dictum, arg. *l. quæro* 100. *ff. de solution.* junct. *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 34. & *in parœmiis Belgar. jurisc. parœm.* 4. *num. ult.* parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 10. 11. 12. etsi tunc debitor in loco, aliis juribus utente, commoretur, aut post contractum mutui eo migraverit, cum initium contractus cujusque attendendum sit, arg. *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend. l. quid ergo* 13. *pr. ff. de his, qui not. infam.* Ast, ubi pro mutuo res immobilis solemniter coram lege loci pignori obligata fuit, verius est, inspici oportere leges loci, in quo immobilia, hypothecæ vinculo affecta, sita sunt; eo quod tralatitium est, immobilia secundum leges loci, in quo existunt, regi. Quibus consentaneum fuerit, frustra Hollandum stipulari restitutionem sortis sub usuris quincuncibus & hypotheca immobilium in Ultrajectino solo jacentium; recte Ultrajectinum ita pacisci ab Hollando, pro mutuo prædia Hollandica solemniter devinciente. Ant. Matthæus *d. parœm.* 4. *num. ult.* Rodenburch *de jure conjugum; in tract. præliminari de statutorum diversit. t.* 4. *part. altera cap.* 2. *n.* 7. *p.* 160.

30. Præter verum mutuum etiam aliud præsumtum est; cum quis chirographo confessus est, se mutuam accepisse pecuniam spe futuræ numerationis, quæ tamen secuta non est. Quale negotii genus improprie admodum nec satis accurate nomine *obligationis literarum* resignatum fuit. Qui enim, obsecro, literarum obligationem dicere jure possis, ubi jure singulari scriptura initio inspecto longe minorem habet vim, quam in ulla alia juris parte? Fiunt sane scripturæ, ut, quod actum est, facilius probari possit, teste Gajo *l. contrahitur*, 4. *ff. de pignor. & hyp. l. in re* 4. *ff. de fide instrum.* unde & in probatione facienda eandem vim obtinere dicitur tam fides instrumentorum, quam testium depositiones, *l. in exercendis* 15. *C. de fide instrum.* militatque vulgo pro scriptura præsumtio veritatis, si scriptum sit, rem certo pretio fuisse venditam, per Titium Mævio stipulanti promissam, fidejussionem aut aliam conventionem fuisse interpositam, sic ut ad inficias ire cupiens contra scripturam, probationis onere gravandus sit, §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *Cod. de contrah. & committ. stipul.* §. *ult. Inst. de fidejussor.* Sola est sic dicta literarum obligatio, in qua scriptura omni probandi efficacia ab initio sic destituta est, ut is, qui sibi numeratum esse scriptura sua profitetur, sola inficiatione sua biennio toto enervare queat confessionem suam scripto emissam, & perimere omnem, quæ videri posset pro scripturæ veritate subesse, præsumtionem, neque quicquam consequi ex scriptura possit actor; nisi aliunde probet, numerationem factam esse, *l. si ex cautione* 3. *C. de non numerata pecunia.* Ex hinc neque Gajus neque Ulpianus ex professo de contractuum speciebus agentes, ullam literarum fecerunt mentionem, trium, puta, re, verbis & consensu constantium contractuum enumeratione contenti, *l.* 1. §. 1. *ff. de oblig. & act. l.* 1. §. *pen. ff. de pactis*. Neque quicquam, quod astrueret literarum obligationem, occurrit in Pauli responso in *l. non figura* 38. *ff. de oblig. & act.* cum ibi tantum describat modos, quibus consensus exprimi potest, quod fit vel voce vel scripto; vel expresse vel tacite rebus ipsis & factis, *l. de quibus* 32. §. 1. *ff. de legibus*, quo modo & Modestinus dixit societatem & re & verbis coiri posse, *l. societatem* 4. *ff. pro socio*, et ipse quoque Paulus de emtione disserens, ait, eam consensu contrahi, ideoque & *inter absentes & per nuncium & per literas*, *l.* 1. §. *ult. ff. de contrah. empt.* Nec est, quod quis existimet, non ab initio quidem, sed tamen lapso biennio, literarum obligationem nasci. Sic enim dies esset obligationis introducendæ modus; cum tamen in obligationibus in diem ita jus sit, ut, non ex die apposito, sed statim ab initio nascatur obligatio ac dies cedat, §. *omnis stipulatio* 2. *Inst. de verbor. obligat.* adeoque dies, uti non finiendæ, ita nec introducendæ obligationis modus esse possit. Ne dicam, in universum sine temporis distinctione rescriptum esse, *scripturam, qua cautum est, accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis non potuisse*, *l. neque scriptura* 6. *Cod. de compensat.* quod verum non esset, si lapso biennio scriptura sola adipisceretur obligandi vim. Quin potius biennii lapsus id unum operatur, quod tunc scriptura, quæ hactenus biennio toto caruerat probandi vi, nunc in posterum incipiat eandem fidem facere, quam ab initio facit, si in stipulatione, venditione aliisque similibus adhibita sit; atque ita probandi onere post biennium gravet scribentem, qui ante biennium nihil ipse tenebatur probare, sed absolvendus erat, actore numerationem non docente. Quo sensu rescriptum fuit in *l. si sub specie* 3. *C. de postulando*, scribentem posse *usitato more* chirographum condicere, si *temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem non accommodaverit*, dicitur enim *usitato more*, quatenus condicens intra biennium nihil ipse probare tenetur; non magis, quam si non numeratæ pecuniæ objiceret exceptionem; at lapso biennio condictio *usitato more* non competebat, qui lapso illo spatio *consensus negotio ac fides accommodata* censebatur: dum scripturæ jam major incipiebat constare auctoritas, & ea, ut alias, ita & hic, probationem atque ita fidem faciebat negotio, quod illud sic gestum sit: quæ tamen fidei præsumtio, pro scripturæ veritate militans, contrariis semper probationibus secundum juris communis regulas enervari potest. Juvatque hanc nostram sententiam, quod secundum Theophilum in *t. Inst. de literarum obligatione*, & Revardum plenius illa illustrantem *lib.* 3. *variorum cap.* 1. non modo mutui, sed & alterius cujuscunque debiti (veluti ex empto locato stipulatione) confessio per scripturam solemniter facta, cœperit dici literarum obligatio: ut proinde olim numeratæ pecuniæ confessio a debiti alterius cujuscunque confessione non fuerit diversa scripturæ intuitu; jure posteriore in eo distet, quod toto biennio minorem fidem faciat scriptura de mutui numeratione, quam de quavis alia conventione concepta.

31. Quod si ergo ex scripta mutui confessione quis conveniatur, quod tamen numeratum non est, tueri sese potest exceptione non numeratæ pecuniæ; sive nullo modo numeratio subsecuta sit, sive cum minor quantitas numerata esset, de majore fuerit cautio data, *l. minorem* 2. & *tot. t. C. de non num. pecun. t. de Inst. de literar. oblig.* Quæ exceptio non modo in rem est, heredibus proficiens et fidejussoribus, *l. si intra* 8. *l. tam mandatori* 12. *C. de non n. pecun.* sed et, si intra biennium a tempore chirographi conscripti computandum opposita fuerit, privilegiata; onus quippe probandi rejiciens in actorem, qui numerationem dicit secutam esse, *l. si ex cautione* 3. *l. observatio* 10. *C. de non numerata pecun.* cum alioquin reus excipiendo actor fiat, suamque teneatur probare exceptionem, *l.* 1. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. eod. t.* Sed si is, qui chirographum possideat, intra biennium ex eo non experiatur, sic ut exceptio opponi nequeat non agenti, chirographum ipsum intra biennium per eum, qui scripsit, heredemve ejus condici potest condictione sine causa, vel causa data, causa non secuta, si modo præsens sit possessor ejus, *l. ult. C. de condict. ex lege*, *l. si sub specie* 3. *C. de postulando*. Sin absens sit aut latitet, ac propterea actionibus istis conveniri nequeat, adversus eum id ipsum apud judicem aut alias solemniter in querimoniam deducendum est; quo facto, perpetua redditur hæc privilegiata exceptio, sic ut actori quandocunque deinceps agenti impositum duret onus probandi, numerationem vere secutam esse, *l. si intra* 8. *l. in contractibus* 14. §. *in omni C. de non numerata pecun.*

32. Cessat tamen exceptio hæc, si quis argentario

scripserit, seu confessus sit, sibi numeratum esse, *novel.* 136. *cap. insuper de hoc* 5. & 6. aut confessio facta sit ex causa antecedenti, debiti; vel si pro antecedente debito pignus non eodem, sed alio tempore constitutum sit; quippe quibus in casibus confessus ipse tenetur probare, sibi pecuniam non esse numeratam, atque ita non privilegiatam, sed nudam sine privilegio habiturus est non numeratæ pecuniæ exceptionem, *l. adversus* 5. *l. generaliter* 13. *C. de non num. pecunia.* Secus, quam obtineret, si eodem tempore, eademque scriptura & numerationis confessionem faciat, & pignus constituat; tunc enim nihilominus privilegium exceptioni cohærens salvum est, *l. si ex cautione* 3. *C. de non num. pec.* Quin &, si quis jam solverit partem debiti scriptura comprehensi vel usuras ejus, exceptione hic privilegiata tueri sese nequit, quo minus & reliquam deinceps exsolvat; cum tarda nimis sit de non numeratis pecuniis querela adversus jam agnitam solutione cautionem, *l. cum fidem* 4. *C. de non num. pecun.* Idemque est, si super ea pecunia, quæ dicebatur non esse numerata, transactio facta sit, ac postea is, qui transactionis causa quid dedit promisitve, excipere vellet, illud super quo transactum fuit, nunquam numeratum fuisse, seu nullam veram subfuisse debiti caussam, *l. si transactionis* 1. *C. de non num. pecun.* junct. *l. in summa* 65. §. *& quidem* 1. *ff. de condict. indeb.* Non etiam locum habet in confessione depositi; nec in apochis publicarum functionum, plane adversus apochas de debitis privatis exsolutis conscriptas, intra triginta dies proximos exceptio hæc salva est, *l. in contractibus* 14. §. 1. 2. *C. de non n. pecun.* Neostadius *Curiæ sup. decis.* 4. Sande *de decis. Frisic. lib.* 1. *t.* 11. *defin.* 1. Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *t.* 22. *defin.* 6. Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 14. *numer.* 25. & *seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *Const.* 29. *defin.* 19. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 74. *num.* 7.

33. An autem biennio elapso, & neque querimonia facta, neque chirographo condicto, deinceps exceptione non numeratæ pecuniæ tueri se scriptor possit, si ipse probandi onus in se suscipiat, non adeo expeditum est. Vinnius quidem omne omnino adjutorium scriptori post biennium negat, etsi probare parato, *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 41. Sed vix est, ut cum æquitatis ratione aut juris nostri fundamentis opinio ista concilietur: ac proinde recte us simplicem illam non numeratæ pecuniæ exceptionem, qua excipiens sese exceptionis suæ probationem subire compellitur, post biennium admiseris. Etenim primo quidem nullum facile negaturum putem, quin ante introductam hanc specificam & privilegiatam biennalem exceptionem, ei, qui conveniebatur ex chirographo continente confessionem numerationis, quæ secuta non est, liberum fuerit ex generali juris & æquitatis ratione sese defendere per oppositam doli exceptionem, dum dolo non caret, qui tanquam ex mutuo numeratum repetit, quod vere numeratum non esse, reus docet, *l. palam* 2. §. *circa primam* 3. *ff. de doli mali & metus except.* junct. §. *idem juris est* 2. *Instit. de exceptionibus*, qualis doli exceptio secundum suam propriam naturam æstimata, non temporalis sed perpetua est, *l. pure mihi* 5. §. *ult. ff. de doli mali & metus except.* Huic ergo doli exceptioni cum postea adjungeretur non numeratæ pecuniæ exceptio privilegiata, quæ intra biennium opposita onus probandi ab excipiente avertebat, ac transferebat in actorem, verum quidem est, ipsam quoque doli exceptionem cum non numeratæ pecuniæ exceptione concurrentem, inter biennium æque privilegiatam affectam esse, & probandi necessitatem in actorem rejecisse, *l. si ex cautione* 3. *C. de non numer. pecun.* cum alioquin is, qui dolum allegat, licet in exceptione, dolum admissum probare debeat, *l. quotiens* 18. §. *qui dolo* 1. *ff. de probation.* sed tamen & verum fuit, eo ipso neque ablatam neque sublatam fuisse per superadditum aliquod biennale privilegium communem illam sive doli sive non numeratæ pecuniæ exceptionem, quæ jam ante privilegium illud nota erat, ac ex generalibus juris fundamentis opponi poterat, sed magis per biennii lapsum ad jus commune, quo onus probandi exceptionem excipientem gravat, rem totam rediisse; ne alioquin eveniret, id, quod in alicujus commodum ac favorem inventum est, torqueri in ipsius dispendium, contra manifestas legum regulas propositas in *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, *l. nulla juris* 25. *ff. de legibus*, *l. ult. in med. C. de prævaricis agentium in rebus*, aut agenti ex chirographo, numerationem falsam continente, suus dolus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prodesset, quod fieri non debere Paulus monuit, *l.* 1. §. 1. *ff. de doli mali & met. excep.* Aut lapsus biennii plus adimeret scriptori chirographi, quam biennium ei ab initio dedit; dedit scilicet biennium ei non exceptionem doli, sed liberationem a probandi necessitate, secundum ante dicta; ac proinde lapsu illo solam interire liberationem ab onere probandi, necesse est, salva manente post biennium vulgata doli exceptione, quæ ante ullam de biennio determinationem a lege facta, nota, & scriptori chirographi accommodata fuit; atque ita in casu hactenus haud dissimili argumentatur Imperator Justinianus in *l. pluris* 19. *in fine C. de fide instrumentorum.* Deinde rescriptum fuit aperte satis ac generaliter, *scripturam, qua cautum est, accepta quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis non potuisse*, *l. neque scriptura* 6. *C. de compensation.* quod tamen contingeret, si post biennium omnis etiam non privilegiata quiesceret exceptio sive doli, sive pecuniæ non numeratæ. Absurdum denique foret, & rationi contrarium, denegari cuiquam post tempus naturalem defensionem in doli vel non numeratæ pecuniæ ordinaria exceptione consistentem, qua non aliud intendit excipiens, quam ut extra damnum sit, nec adigatur ad restitutionem ejus, quod nunquam accepit. Etenim si in jure probatum sit, ipsam metus & doli actionem (quarum illa regulariter intra quadriennium, hæc intra biennium intentanda est secundum juris principia) perpetuo durare, quoties non nisi ad indemnitatem his actionibus actor contendit, & adversarius de lucro captando, seu rem quam injuste per metum dolumve possidet, retinenda; adeo ut & heredes eorum, qui metum aut dolum fecerunt, in perpetuum conveniri possint, quatenus possident, nec ullo tempore prætor rata habeat, quæ dolo vel metu gesta sunt, *l. in heredem* 26. 27. 28. 29 *ff. de dolo*, *l. quod autem* 19. *l.* 20. *l.* 21. §. *quod metus* 1. *ff. quod metus causa*; quonam, obsecro, colore doli exceptio post biennium denegari potuerit ei, qui de

damno evitando sollicitus, id unum excipiendo efficere vult, ne sua cum jactura possessor chirographi per dolum locupletetur; maxime si consideres, leges facilius exceptiones solere quam actiones indulgere, ac reis magis quam actoribus favere.

32. Nec est, quod quis cum Vinnio *d. lib.* 1. *cap.* 41. *select. quaest.* effugium quaerat, quasi regula de exceptionibus in perpetuum dandis tradita in *d. l.* 5. *§. ult. de doli mali & metus except.* ad illas non pertineret, quae etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Neque enim vel lege vel exemplo satis certo ac idoneo limitatio illa atque restrictio regulae firmatur; atque insuper redarguitur manifesto per metus exceptionem, doli exceptioni affinem plane, quae perpetuo opponi potest, etsi is, qui metum passus est, etiam per actionem quod metus causa intra quadriennium securitatem sibi superare potuisset adversus negotium metu gestum, etiam adhuc imperfectum; ac nominatim in casu quo chirographum fuerat per metum extortum (uti nostro in casu per dolum & simulatum numerationis apparatum aut factam spem) *l. metum autem* 9. *§. sed quod* 3. *ff. quod metus causa*. Leve utique est, quod Inofficiosi querela Vinnius istam suam restrictionem stabilitum it, asserens, etiam intra quinquennium querelam per modum contradictionis seu exceptionis inducendam esse, quoties filius exheredatus in hereditatis possessione est, *l. Papinianus* 8. *§. si filius* 13. *ff. de inoff. testam.* cum tamen nulla quinquennii istius in d. lege mentio sit; & perperam id petatur ex verbis *quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*; quippe quibus non temporis intuitu comparatio inter Inofficiosi exceptionem & actionem denotatur, sed id unum, quod is, qui hereditatem possidet, tueri se possit Inofficiosi exceptione & ita hereditatem sibi defendere; quo modo id etiam assertum fuit in *l. permittendum* 8. *ff. si pars hered. pet.* Neque verum est, ejus, quod exceptiones perpetuo dentur, hanc solam rationem esse, quod actores quidem in sua potestate habeant, quando utantur jure suo; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur, juxta *d. l.* 5. *§. ult. ff. de doli mali & met. except.* cum & alia sit; quod nempe, nec infamantes sint exceptiones, uti quidem actiones, ac nominatim doli actio; adeoque etiam minus odiosae. Frustra quoque obtenditur, puniri oportere insignem negligentiam ejus, qui, cum repetere posset chirographum, aut de pecunia non numerata querimoniam interponere, toto biennio in eo cessavit. Cum utique neque omnis negligentia punienda sit, neque extra omnem poenam haereat, qui numerationem confessus, intra biennium de ea non secuta conquestus non est; dum privilegiata destituitur exceptione, ac onere probandi gravatur. Et sane, si ob id, quod quis temporalem habens actionem, nec intra tempus praefinitum agens, mox etiam exceptione ex eadem causa descendente privandus esset; sequeretur, eum quoque, qui eadem ex causa temporalem aliam, aliam perpetuam actionem habet, actione perpetua destituendum esse, ubi agere neglexit intra tempora actioni alteri temporali praefinita; quod quantopere in ipsa incurrat juris initia, notius est, quam ut adstructione indigeat. Sed nec illud movere quemdam debet, quod post biennium scriptor chirographi probare non potest, numerationem subsecutam non esse, quia factum negantis naturali ratione probatio nulla est, *l. asseveratio* 10. *C. de non num. pecun. l. actor* 23. *C. de probation.* praesertim cum post biennium etiam jurisjurandi delationem de pecunia non numerata videamus reprobatam *l. in contractibus* 14. *§. illo illo* 3. *C. de non numerat. pecun. novell.* 136. *cap. In illo utique* 6. *circa fin.* Etsi enim verum sit, difficilem saepe esse numerationis non secutae probationem, sic ut reo non tam jus quam probatio deficiat, ut Paulus ait *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut.* atque fateri oporteat, naturali ratione & directo per instrumenta vel testes probari non posse facti negationem; tamen per indirectum testibus aut instrumentis fieri probationes novum non est; uti id apparet in stipulatione, quam promissor negat interpositam, *§. item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *C. de contrah. & commit. Stipul.* indebiti condictione, qua actori incumbit docere indebitum fuisse quod solutum est, *l. cum de indebito* 25. *in pr. ff. de probation.* ac denique in eo ipso, qui cautionem debiti causam continentem (qualis in nostro casu est numeratio) emisit, quem suae stare oportere Paulus scripsit, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, se haec indebite promisisse *d. l.* 25. *§. ult. ff. de probation.* quod & totidem prope verbis a Justino Imperatore repetitum, *l. generaliter* 13. *C. de non num. pecun.* Ex quibus etiam intelligi potest, quam non stringat satis argumentum a denegata post biennium jurisjurandi delatione desumtum ex *d. l.* 14. *§.* 3. *C. de non num. pec.* Verum enim non esse, quod jurisjurandi prohibita delatione, alia omnis probatio deficeret vel interdicta videretur, vel inde manifestum est, quod & Paulus in *d. l.* 25. *§. ult.* & Justinus in *d. l.* 13. desiderantes probationem *scriptis insertam*, *in scriptis habitam*, eo ipso monstrarunt satis, jurisjurandi delationi non debuisse locum fieri, nec tamen ideo omnem aliam probandi viam fuisse praeclusam. Nec mirum adeo, ad probationem jurejurando faciendam aditum reo post biennium non patuisse, si quis consideret, illud probationis genus extraordinarium ac subsidiarium esse, nec carere quadam duritie, quod quis delato sibi jurejurando prodere sese compellatur, & adversario arma contra se subministrare. Ne nunc dicam, vel ipsam illam jurisjurandi deferendi prohibitionem nominatim adeo a Justiniano in *d. l.* 14. *§.* 3. *C. de non num. pec.* propositam, argumento esse posse quod post biennium exceptio sive doli sive non numeratae pecuniae opponi potuit, si modo reus probationes habeat. Si enim id non liceret, inanis sane esset Imperatoris admonitio de jurejurando post biennium ad probandam non numeratae pecuniae exceptionem non admittendo: cum posita exceptionis ipsius denegatione frustra disputetur & inquiratur, quo probandi genere uti liceat, vel non uti, ad firmandam exceptionem nullo casu admittendam. Quod vero toties legitur, post biennium non dari non numeratae pecuniae exceptionem, debitorem post biennium, omnino solvere compellendum, quod praecipuum dissidentium fundamentum est, *l.* 1. *l.* 14. *& passim in tit. C. de non num. pecun. tit. Instit. de literar. oblig.* id in d. ll. non nisi cum relatione ad privilegiatam exceptionem, biennio coarctatam, scriptum est, in quantum

post biennium, & debitor secundum scripturæ fidem præsumitur; & condemnandus est, etsi numerationem actor ultra non probet; cum intra biennium objecta non numeratæ pecuniæ exceptione reus, etiam nihil probans, non esset compellendus solvere, sed absolutio deberet sequi, quoties actor numerationem non probasset, *l. si ex cautione* 3. *C. eod tit.* Sed id non impedit, quo minus reo, cui ista privilegiata exceptio jam periit, aliis defensionibus quibuscunque uti liceat ex jure communi, interque eas etiam vulgata doli aut non numeratæ pecuniæ exceptione. Simile de confessionis auctoritate & efficacia, quæ etiam in adversum adduci solet, judicium esto; quod enim Ulpianus ait, *post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quæri, quia in jure confessi pro judicatis habentur*, *l. post rem* 56. *ff. de re judicata*; id primo quidem de sola confessione in jure facta asseritur, qualis non est hæc nostra chirographo contenta. Sed & secundo ipsam illam confessionem in jure factam non tantæ auctoritatis esse, quin in contrarium probationem admittat, idem Ulpianus egregie docet in *l. inde Neratius* 23. *ff. ult. l.* 25. *ff. ad leg. Aquil.* cum ait, *si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, & postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Julianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit, se occidisse: hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse*, & merito *non enim fateri tenetur qui errat, nisi jus ignoravit*, auctore eodem Ulpiano *l.* 2. *ff. de confessis.*

35. Uti autem hæc sententia frequentiore interpretum consensu recepta fuit, ita & moribus hodiernis (si forte Frisiam excipias) probata; adeo ut existiment, etiam statim ab initio onus probandi incumbere neganti numerationem factam esse, quoties chirographo ac numerationis confessioni subjecit exceptionis hujus renunciationem; cui tamen ad probationem faciendam succursum hactenus, ut & ante post biennii lapsum aliis destitutus probandi modis ad jurisjurandi delationem admittatur, Sande *dec. Frisic lib.* 1. *tit.* 11. *defin.* & *lib.* 3. *tit.* 2. *defin.* 1. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 22. *defin.* 7. & *in not.* Radeiantius *Curia Ultraject. decis.* 49. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 145. Groenewegen *ad rubric. C. de non numer. pecun.* & *ad Grotii manuduct. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 3. 4. Vinnius *d. lib.* 1. *select. quæst. cap.* 41. *in fine*, Parens p. m. Paulus Voet ad *tit. Instit. de literar. oblig. nu.* 10. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 200. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 14. *nu.* 5. 6. Joh. Decherus *lib.* 1. *dissert.* 6. *num.* 4.

TITULUS II.

De Jurejurando sive Voluntario, sive Necessario, sive Judiciali.

SUMMARIA.

1. *Quid sit jusjurandum? quid jusjurandum corporaliter præstitum? & an procurator mandato instructus jurare possit in anima domini, secundum jus civile, canonicum & hodiernum?*
2. *Per Deum jurari debet; de jurejurando improbata religionis præstito, vel delato, de jurejurando per caput, per salutem suam, aut liberorum aut Principis, & de pejerante per Principis venerationem, ac ob id majestatis crimen non committente; de assertione solemni anabaptistarum, quæ jurisjurandi loco est.*
3. *Ubi plura inveniantur de veteri more ritque jurandi, remissive.*
4. *De jurejurando promissorio; illud conventionibus appositum secundum jus civile sequi naturam actus, qui apponitur.*
5. *An, & quatenus jusjurandum promissorium jure Canonico ac moribus servandum sit; maxime, si opponatur negotiis, qua lege vel consuetudine reprobata & vetita sunt? Quid si jusjurandum dolo vel metu interveniente interpositum sit? & de laxatione jurisjurandi per magistratum.*
6. *Si jusjurandum sit appositum actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, & jurans contra primum actum venerit, actus secundus juramento contrarius ratus erit, jure etiam canonico, & qui testamento apposuit jusjurandum de eo non revocando, si tamen postea revocet, postrema voluntas effectum habet.*
7. *Quid sit jusjurandum assertorium in genere? quid voluntarium, judiciale, necessarium?*
8. *Qui possint vel non possint deferre voluntarium & judiciale; ubi de tutoribus ac curatoribus, & an hi decreto indigeant? item de procuratoribus, civitatum defensoribus, magistris societatum, uno ex pluribus heredibus, pupillis, prodigis, post biennium exceptione non numeratæ pecuniæ utentibus, jusjurandum semel a se delatum revocantibus, servis & filiisfam. deque minoribus, & infamibus.*
9. *Quibus deferatur? an & quatenus impuberibus, servis, heredibus, procuratoribus & defensoribus?*
10. *Delatio jurisjurandi locum habet in actionibus civilibus in rem & in personam, sive rei persecutoriis sive pœnalibus & infamantibus. An & in actione injuriarum? An in popularibus? an in quæstione, utrum mulier prægnans sit, aut an nuptiæ vel sponsalia intercesserint? An in criminalibus; an hodie in causis infamantibus?*
11. *An deferri possit ab actore vel reo post testimoniorum publicationem, & probationum ulteriorum renunciationem?*
12. *An delatio fieri possit per eum, qui in se recepit probationem; quive nihil omnino ex suo latere probavit?*
13. *Delatum ab eo, qui de calumnia juravit, præstandum aut referendum ea forma, qua delatum, nisi aliud ex causa judex arbitretur; nec opus, ut referens de calumnia juret. Si tutor detulerit, relatum sibi præstare tenetur.*
14. *Referri nequit, sed præstandum, si is, cui delatum, illud jam acceptaverit, vel solus aut melius sciat id, de quo jurandum.*
15. *Nec præstandum nec referendum, quod delatum, si deferens de calumnia jurare nolit; vel delatio aliqua ex parte vitio laboret; vel jam plene per eum, cui defertur, probatum sit: vel is plenam offerat per instrumenta aut testes probationem.*
16. *Qui jusjurandum delatum nec præstare nec referre vult, victus, recedit; sed appellare potest. An, cui delatum, possit petere dilationem ad de-*

liberandum? An is, qui detulit, delatum, sed necdum præstitum revocare possit? an is, qui expresse vel tacite recusavit, alterutrum facere, postea ex pœnitentia possit præstare vel referre?

17. *Reo jurante, datur ei exceptio jurisjurandi quandoque utilis rei judicatæ.*

18. *Actori juranti datur actio in factum ex jurejurando, vel judicati, perpetua, & in simplum, licet negotium, de quo juratum ex inficiatione in duplum sit. Non est nova actio, sed adjectitia qualitas alterius actionis in rem vel personam, cujus & naturam imitatur; nec novationem continet.*

19. *Jusjurandum juranti etiam nocet, ut conveniri possit ex negotio, quod intercessisse jurat; quod exemplis docetur.*

20. *Jusjurandum aliis, quam inter quos est præstitum, neque nocet neque prodest; quod exemplis probatur.*

21. *An jusjurandum debitoris principalis prosit fidejussori, & vice versa? an jusjurandum unius rei debendi prosit alteri debendi reo? An delatum ab uno credendi reo, & per debitorem præstitum, noceat alteri reo credendi agere volenti? an vice versa, quod unus debendi reus detulit præstitum ab adversario, noceat alteri debendi reo?*

22. *Jurisjurandum strictam recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Quid juris, si alia actio intentetur, sed qua quæstio eadem ventilatur, quæ in actione priore, in qua juratum est.*

23. *Pro præstito habetur jusjurandum, quod ab eo, qui detulit, remissum est ei, qui illud jam susceperat. Quid intersit inter remissionem jurisjurandi adhuc præstandi, & ejus quod jam præstitum est?*

24. *Habetur & pro præstito, si is, qui illud sibi delatum aut relatum susceperat, mortuus sit, antequam præstaret; secus si præstare recusaverit.*

25. *Jusjurandum voluntarium & judiciale præstitum non potest rescindi per appellationem, nec propter instrumenta noviter reperta, nec perjurii prætextu, cujus ratio & restrictio explicatur. Monstratur in omni delatione vel relatione jurisjurandi tacitam conventionem esse.*

26. *Recensentur plures casus ac causæ, quibus jusjurandum voluntarium ac judiciale jam præstitum effectu caret.*

27. *Jusjurandum necessarium plenius explicatur. In quibus causis locum habeat? an in criminalibus? an hodie in infamantibus? An si ex crimine tantum civiliter agatur ad pœnam pecuniariam? An & in actione injuriarum ad pœnam pecuniariam aut palinodiam? An & in causis fraudati census & impositionum publicarum?*

28. *Quando causa dicenda sit* dubia, *ut judex jusjurandum deferre possit?*

29. *Deferre potest judex jusjurandum, licet neuter litigantium id petat, etiam post conclusionem in causa. Arbitrio judicis relinquendum, an illud actori, an reo, deferri debeat. Quibus in casibus suppletorium jusjurandum deferri nequeat? non ad probandam præscriptionem, aut consuetudinem, aut sanguinis proximitatem, nec ad supplendum solemnitatum defectum.*

30. *Præstandum ea forma, qua delatum, citata adversa parte. Nec referri potest, ac judicandum contra eum, qui jurare detrectat; appellari tamen a condemnatione potest, & peti rescissio jurisjurandi propter instrumenta noviter reperta.*

31. *Moribus hodiernis jusjurandum a parte parti delatum non præstatur, nec quisquam præstare vel referre cogitur, nisi interveniat judicis decretum. Nec tamen ideo omne jusjurandum, quantum ad effectus, necessarium est.*

32. *Quæ sit perjurii pœna jure Romano, ac moribus? an pœnis gravioribus afficiendi, qui tantum ad pejerandum se paratos professi sunt; aut errore pejerarunt; & ex quibus præsumi possit, dolum a perjurio abfuisse.*

1. MAximum litium expediendarum remedium in usum venit, jurisjurandi religio, quia vel ex pactione ipsorum litigantium, vel ex auctoritate judicis, deciduntur controversiæ *l. 1 ff. h. t.* sed, cum & aliis modis utilitatem usumque præbeat, operæ pretium videtur, paulo altius hanc rem repetere. Jusjurandum in genere nihil aliud est, quam religiosa veritatis affirmatio, seu invocatio divini Nominis in testimonium veritatis (ita dictum, quasi Jovis jurandum) *l. si quis major 41. C. de transaction.* ad quod præstandum admittendi qui, quid agant, intelligunt: præcipue quidem in sua anima; quo casu jusjurandum forte dictum fuit *corporaliter præstitum*, arg. *l. 1. C. si advers. vendit. l. si alterius 3. in fin. C. si minor se majorem dix.* nisi magis placeat, *corporaliter præstitum* ad oppositionem ejus, quod tantum scripto comprehensum erat, denominari *d. l. 3.* Neque enim probare satis queo illorum opinionem, qui per jusjurandum corporaliter præstitum denotant illud, quod tactis sacrosanctis Evangeliis interpositum est; cum ejus mentio sit etiam in *d. l. 1. C. si advers. vendit.* cujus auctor est Alexander Severus & in *d. l. 3. C. si minor se majorem*, quæ scripta a Diocletiano ac Maximiniano, qui omnes Christianorum, uti sacra, sic & Evangelia non tanti fecerunt, ut iis tactis jurari voluissent. In anima tamen alterius jusjurandum præstari, non prorsus improbatum est: qua ratione procuratores speciali mandato instructos domini mandantis nomine ac periculo jurare permissum fuit, arg. *l. nam postquam 9. §. pen. ff. h. t.* Narratque Livius, datum fuisse Lucium Valerium Flaccum, qui pro fratre Cajo Valerio Flacco juraret, ac plebiscitum factum, ut perinde esset, ac si ipse Cajus jurasset, *lib. 31. cap. ult.* Nam quamvis verum sit, neminem de alieno suo facto, jurare compellendum, ac ne heredem quidem de facto defuncti, *l. Marcellus 11. §. jurare 2. ff. de act. rer. amot.* atque insuper gravem visum fuerit, aliquem gestorum ignarum sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subire, *l. videamus 4. ff. de in litem jurando*, & in quæstione, an reus noxali judicio conventus servum possideat nec ne, dominum ipsum non procuratorem jurare necesse sit, *l. quotiens 21. §. si tutor 5. ff. de noxal. act.* ac denique cautum inveniatur, inducias absenti, cui jusjurandum delatum, debere dari, intra quas juraturus accedat, *l. pen. §. his de præsentibus 5. C. de reb. cre-*

dit. & jurejurando; ista tamen omnia eo tantum pertinent, cum quis in anima sua juraturus est; nec impediunt, quo minus alius ex mandato alterius jusjurandum, uti nomine, ita & periculo mandantis, interponat, nullum ipse anceps inde perjurii periculum pœnamve subiturus. Quod & jure canonico definitum est, *cap. ult. de juramento calumniæ in* 6. ac usu passim fere firmatum; atque etiam apud nos in Hollandia, quoties ei non contradicit adversa pars, aut admodum longe abest, qui jurare obstrictus est. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 31. Bronchorst. *enant. cent.* 2. *assert.* 29. *incipit procuratores*, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *observ.* 33. Wesembecius *paratit. ff. b. t. n.* 9. Groenewegen *ad l.* 2. *& auth. principales, C. de jurejurando propter calumn. dando*.

2. Præstandum jusjurandum per Deum, qui uti omniscius, ita & omnipotens, scienter fallentes punire potest, secundum omnes malorum omnium imprecationes, jurijurando in casum perjurii inclusas; vel etiam quandoque expressas, juxta formulam recentiorem in *nov.* 7. *in fine* propositam: tum etiam secundum illam veterem Romanorum gentilium, qua juraturos silicem, quem manu tenebant, projicientes, solemnia hujusmodi verba pronunciasse, *si sciens fallam, ita me Diespiter, salvâ urbe arceque, bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem*, Festus auctor est, *verbo lapidem*; quod ipsum priscis fuit, *Iovem lapidem jurare*, Rævardus *lib.* 5. *varior. cap.* 5. Si quis jusjurandum illicitum improbatæ religionis detulerit, illudque sit præstitum, pro eo habendum est, ac si juratum non sit, *l. non erit* 5. *§. sed si quis* 3. *ff. b. t.* ac si quis jusjurandum simpliciter detulerit, adversarius autem superstitiosum ex animi sui religione præstiterit, ei standum foret, *d. l.* 5. *§. divus*, 1. *ff. b. t.* Interim Romanos non modo directo per Deum interposuisse sacramentum; sed & per genium, per salutem, per venerationem Principis, per caput suum, per suam aut filiorum suorum aut aliorum dilectorum salutem in aperto est, *l. ait prætor* 3. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *l. si duo* 13. *§. ult. ff. b. t. l.* 2. *C. de reb. credit. & jurejur.* eique stari oportuisse per nos, qui superstitionem istam probabant, Ulpianus monuit *d. l. non erit* 5. *pr. ff. b. t.* eo quod tales eo ipso, quo per suam aut liberorum Principisve salutem jurant, per Deum & respectu divini Numinis jurare intelliguntur, *l. qui per salutem* 33. *ff. b. t.* in quantum ita suum, aut liberorum, aut Principis caput atque salutem salvam sibi a Deo precantur, uti vera loquuntur. Unde & in *l. si quis major* 41. *in fin. C. de transactionib.* Imperatores rescripserunt, ad exemplum eorum, qui recesserant a transactione jurata, *quam invocato Deo omnipotentis nomine, eoque auctore eo idaverant*, illos quoque puniendos esse, qui nomina Principum placitis seu pactis suis inserentes, *salutem Principum confirmationem initarum juraverint esse pactionum.* Neque aliam animadverto dubitandi rationem, cum Imperator Alexander constituit in *l.* 2. *C. de reb. credit.* sibi non placere, *periculum capitis aut majestatis crimen inferri illis, qui per Principis venerationem quodam calore pejeratsent*; quam quod illi, qui sic per Principis venerationem juraverant, omnia dira & adversa saluti ac venerationi Principis censebantur imprecati esse, atque ita Læsæ Majestatis crimen videri poterant commisisse, si fefellissent scientes: a quo tamen crimine fuerunt istius rescripti beneficio immunes pronunciati, quoties non dolo malo, & hostili in Principem animo, sed calore quodam pejeratum esset. Ceterum in arbitrio partis jusjurandum deferentis fuisse ut plurimum videtur, ut ille simul certam præscriberet jusjurandi formulam, eoque pertinet, quod scriptum est, jurare oportere, ut delatum est jusjurandum, *l. ait prætor* 3. *§. ult. ff. b. t.* ac proinde, si exactum fuerit, ut per salutem tuam jurare, & jurasti, standum fuit jurijurando; quia omne omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est, idque prætor tuetur, *l. non erit* 5. *pr. ff. b. t.* Quod si delatum fuerit, ut per Deum jurares, ut per caput tuum jurasti, aut filiorum tuorum, non erit juratum habendum jusjurandum, *d. l.* 3. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. b. t.* Sed & si simpliciter jusjurandum sine ulla speciali verborum conceptione delatum esset, liberum non fuit per salutem suam aut caput jurare, sed per Deum jurari debuit, adeo ut tunc aliter jurans jurasse non intelligeretur, & ex integro solemniter, id est per Deum, jurandum fuerit, *l. qui per salutem* 33. *ff. b t.* Confer Rævardum *lib.* 5. *varior. cap.* 5. Porro jure Justinianeo Christianos vel simpliciter vel tactis simul sacrosanctis Evangeliis (uti gentiles tactis aris) jurare, moris fuit, *nov.* 74. *cap. quoniam* 5. *nov.* 124. *cap.* 1. Nunc vero apud nos sine Evangeliorum interpositione tactuque, sola vulgata formula *ita me Deus amet*, digitisque binis primoribus cœlum versus elevatis tensisque. Quin & Anabaptistis nimis timidis metu divini Numinis usque ad superstitionem, adeoque jurare secundum sua sacra detrectantibus, datum fuit, ut jurisjurandi solemnis loco defungi possint assertione ex fide viri boni (*bymaneem Waarbeyt*) quæ tamen hactenus jurisjurandi effectum habet, ut tanquam vere perjuri coercendi veniant, si scientes fefellerint. Confer Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 59. Ant. Matthæum *de crimin. lib.* 47. *t. ult. cap.* 1. *n* 4. *Instructien van particuliere Collecteurs &c. van Conveyen en Licenten* 8. *Octob.* 1598. *art.* 7. *vol.* 1. *placc. Holl. pag.* 2341.

3. Plura de veterum in jurando ritibus variis atque solemnibus, plura de jurejurando Christianis non interdicto, & quæ hujus generis alia sunt, consulto prætermitto, vide, si libet, Brissonium *de formulis lib.* 8. *a principio*, Rævardum *varior. lib.* 5. *cap.* 8. Demsterum *ad Rosini antiquitates lib.* 1. *cap.* 13. Hugon. Grotium *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 23. *numer.* 1. D. Ant. Matthæum *de probat. cap.* 1. *num.* 20. *& seqq.*

4. Dividitur jusjurandum in promissorium & assertorium. Promissorium est, quod futura negotia concernit, ut major illis firmitas aut securitas accedat; quale est tutorum, curatorum, subjectorum, vassallorum, militum, judicum, advocatorum, honores suscipientium, aliorumque, uti & illud, quod conventionibus subinde apponi solet: cui postremo Romanis legibus exigua adstringendi potestas data fuit; dum placuit jusjurandum tale sequi naturam actus, cui apponitur; nec eo confirmari illa, quæ per se invalida, ac nulla, aut ex æquitate infirmanda sunt, *l. juris gentium* 7. *§. & generaliter* 16. *ff. de pactis*, *l. non dubium* 5. *C. de legibus* (exceptis casibus in *l.* 1. *& auth. sacramenta puberum C. si adv. vendit. l. ut jurjurandi* 7. *ff. de operis libertor.* & forte in *l. si quis major* 41. *C. de transact.*) neque his adversan-

tur ea, quæ occurrunt in *l. quæ sub conditione* 8. *ff. de cond. Instit. l. hac scriptura* 25. *ff. de cond. & demonstr. l. si quis cum* 39. *ff. h. t. l. si cum patruo* 6. *C. commun. utr. judic.* cum aliud sit, ex jurejurando promissorio actionem dari, quæ jurejurando deficiente data non fuisset: aliud, jusjurandum in conventione vel legato intervenire per modum conditionis, qua impleta conventio vel legatum effectum sortiturum est; quod posterius tamen in d. ll. continetur; ac proinde non magis jusjurandum tale, quam impleta alia quævis conditio, actionem parit.

5. Jure tamen canonico dispositum, jusjurandum omne negotio appositum servandum esse, quatenus sine animæ detrimento servari potest, *cap. cum contingat*. 28. *extra, de jurejurando*, quod & eatenus moribus comprobatum est, quatenus jusjurandum promissorium vim pacti habet; ex pacto autem nudo æque ac ex contractu hodie actio competit, non ipsi tantum cui juratum, ac in jurantem, sed & heredi ac in heredem, secundum ordinariam descendentium ex conventione actionum naturam, arg. *l. si pactum* 9. *ff. de probation.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 27. Plane uti jure Romano jusjurandum vires addere non potuit contractibus aliisque negotiis, quæ legibus reprobanda & interdicta erant; ita quoque, si quid nunc jurejurando promissum sit, quod aperte legibus usu probatis aut consuetudinibus variis vetitum est, nulla inde obligatio efficax, aut actio, judiciumve datur. Qua ratione etiam jure Canonico dispositum, non esse clericum vocandum ad judicem laicum, licet Ecclesiastici fori beneficio renuncias et jurato, *cap. si diligenti* 12. *extra, de foro compet.* etsi inficias eundum non sit, quin is, qui juravit adimplere quæ promisit, in conscientia obstrictus sit, quoties implementum nullam naturalem in se turpitudinem continet, & Reipublicæ utilitatibus non vehementer adversatur, *cap.* 2. *de pactis in* 6. *cap. debitores* 6. *extra, de jurejurand.* Vinnius *tract. de pactis cap.* 18. *n. ult.* Dummodo meminerimus, jurisjurandi religione, æque ac vinculo conventionis, ita demum unumquemque obstringi, si ipsius jurantis in id, quod jurejurando comprehensum, consensus appareat. Eo enim deficiente uti nulla est conventio, ita & nullum jusjurandum conventionis instar habens. Quibus consequens est, ut jurijurando neque in poli neque in soli foro stare teneatur, qui dolo alieno circumventus jurato quid promisit, quod dolo deficiente non fuisset promissurus: uti id plenius a me traditum libello *de jure militari cap.* 1. *n.* 27. Adde Zoesium *ad Pand. h. t. numer.* 73. Metum quod attinet, quia is consensum in universum non excludit, dum majoris malitatis timore quis contrahendum, & contractum jurejurando firmandum, compulsus ex duobus malis minimum elegit, ut plenius demonstratum *t. quod metus causa num.* 1. ideo summo quidem jure ad præstandum quod promisit, obligatus est, atque etiam fidem implere ex mentis bonæ dictamine tenetur, nec satis apud Deum securus erit, si sciens fallat: dare enim maluit aut præstare promissa, quam aliud pati gravius malum instans. Sed cum publice intersit, privatas hujusmodi concussiones inter privatos non tolerari; ac legislator, (qui supra singulos est, & actus singulorum externos sui imperii potestate regit ac circumscribit) ab initio possit jurijurando contra publicam utilitatem ac leges aperte prohibentes interposito omnem demere civiliter & efficaciter obligandi potestatem, sic ut æque jusjurandum, ac ipse actus contra leges prohibentes interpositus, ipso jure nullum ac non interpositum existimetur, nihil vetat, quo minus etiam actui summo jure valido, sed ex æquitate infirmando, appositum jusjurandum summo itidem jure civiliter obstringens, idem magistratus irritum esse jubeat, eoque loco haberi, quasi præstitum non sit. Quo facit, quod & ipso jure canonico eo demum sacramenta dicuntur obligare, quæ nec vi nec dolo præstita sunt, *d. cap. cum contingat* 28. *extra, de jurejurando, cap. licet* 2. *de jurejurando in* 6. *cap. quamvis* 2. *de pactis in* 6. Quamobrem & moris est, ut adversus hujusmodi sacramenta tum a majorennibus ex metu (etiam dolo) tum a minoribus ex lubrico ætatis præstita, æque ac adversus ipsos contractus metu aut minorennitatis imbecillitate gestos, restitutio concedatur per supremos magistratus, aut curias supremas vice Principum in materia restitutionis judicantes, in quibusdam locis ab Ecclesiæ pontificiæ Præsulibus aut summo Pontifice. Nec est, quod quis existimet, juri divino adversari istiusmodi laxationem jurisjurandi a magistratu impetrandam: si modo consideret, jure illo irritum fuisse tum filiarumfamilias, tum uxorum jusjurandum promissorium, quoties pater aut maritus ei intercederet, illudque sua improbaret contradictione, *Numerer. cap.* 30, *per tot.* neque enim minus magistratui in actiones subjectorum, quam patri aut marito in eas, quæ ab uxore filiave proficiscuntur, jus ac potestas est, maxime, ubi tam gravis doli metusve ac concussionis causa subest. Confer Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 22. 23. 24. 25. Besoldum *in delibatis juris ad Pand. t. de constit. Princip. pag. mihi* 87. *& seqq.* Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 3. *cap.* 1. *n.* 1. *& multis seqq.* Fachineum *controvers. lib.* 3. *cap.* 13. 14. & *lib.* 8. *cap.* 62. Grotium *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 20. Neostadium *Curiæ supr. decis.* 80. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 157. *pag. mihi* 464. 465. 468. 467. Groenewegen ad *leg. ult. ff. ad municipalem.*

6. Quod si jusjurandum promissorium appositum sit actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, nec alteri tribuebat de præsenti ullum jus, ipsum quoque jusjurandum ejusdem conditionis censeri debet, ac proinde ad implementum ejus, quod jurejurando contentum, actio non datur, quoties juranti libuit contra suum jusjurandum venire; magisque illud, quod contra sacramentum suum postea gesserit feceritve, ratum firmumque erit, etsi ipse sic contra prius juratum committens, perjurium procul dubio apud Deum incurrat, arg. *cap. sicut ex literis* 22. *extra, de sponsal. & matrim.* Qua ratione si testator condito testamento jusjurandum subjecerit de voluntate illa per testamentum posterius non revocanda, vel quis jurato promittat, se datum Titio mandatum, quod sui natura irrevocabile, non retractaturum, & postea novum re ipsa testamentum condat, aut mandatum revocet, testamentum posterius & ipsa mandati revocatio effectum sortiri debent. Cum enim testator aut mandans eo ipso, quo prius testamentum aut tum revocavit, in perjurium inciderit, nec nocens esse desinat, aut crimine vacet, etiamsi mandatum prius aut testamentum, non ob-

stante revocatione, duraret; magis fuit, ut revocatio mandati, ac condita deinceps nova dispositio testamentaria, secundum jus commune firmitatem habeant; regula juris Canonici, qua jusjurandum servandum erat, quatenus poterat sine animæ detrimento, jam usum aut locum non amplius inveniente, Zoesius ad *Pand. h. t. num.* 63. *& seqq.* & *ad tit. de injusto rupto irrito facto testam. n.* 27. 28. 29. Jul. Clarus *§. testamentum quæst.* 94. *num.* 3. Michael Grassus *de succ. §. testamentum quæst.* 87. Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 8. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *t.* 5. *defin.* 11. 12. Nec recte dixeris, posita ista sententia, invitari jurantes ad delinquendum, ad perjurium, quippe non mutaturi voluntatem cum scelere perjurii, si posteriorem voluntatem scirent non ratam fore. Aliud enim est, ad delinquendum invitari, aliud arrepta legum dispositione, & quasi per occasionem legum, ad delinquendum procedere: posterius fit, si quis contra jusjurandum voluntatem revocet, prius non item. Dum liberam leges puberi patrifamilias civi Romano dant testandi facultatem de rebus suis, si quis adolescens in vitia pronus proximiores fidos monitores, ad mentem meliorem in dies instigantes, & ob id odio habitos, silentio prætereat in suo testamento, peregrinos luxuriæ & nequitiarum auctores, adjutores, socios, heredes instituat, eum in gratitudinis & æquitatis leges incurrere ac perperam agere, nemo negaverit, eum libertate testandi per leges data abuti, quisque fatebitur; at leges ipsas ad hanc ingratitudinem & iniquitatem invitasse, verum non est.

7. Assertorium jusjurandum est, quod præsentia ac præcipue præterita negotia respicit. Ac vel veritatis est, vel affectionis in litem, de quo latius *t. de testibus*, vel ab ipsis litigantibus. Et hoc secundum tituli hujus inscriptionem in voluntarium, necessarium, & judiciale divisum est. Quid sit voluntarium, quid judiciale, quid necessarium inter Latinos & Græcos non satis constat, his *judiciale* appellantibus, quod illi *necessarium* dixerunt. Adde Ant. Matthæum *de judic. disp.* 10. *th.* 6 *&* 7. Sed cum istam tantum de nomine dissensionem ac quæstionem esse jam olim suo tempore Azo observaverit in *Summa C. h. t. de reb. cred. & jurejurando num.* 6. *in fine* rectius fuerit, ea disputatione prætermissa rem ipsam excutere. Voluntarium itaque jusjurandum etsi Cujacio *in paratitl. Digest. h. t.* & aliis, dicatur, quod a parte parti in judicio vel extra judicium defertur; necessarium, quod pars, cui delatum est, refert delatori; judiciale, quod a Judice defertur: mihi tamen voluntarium potius erit, quod pars parti defert vel refert extra judicium; idque vel ex conventione, quo casu delatum ab adversario referri nequit, *l. jurjurandum* 17. *pr. ff. h. t.* vel sine præcedente conventione; quo casu referri quidem potest, sed is, cui relatum, ad jurandum compelli nequit; cum necdum aditus sit judex, qui cogat. Ut proinde optimo jure id voluntarium appelletur; sive enim conventionem extrajudicialem de jurejurando deferendo præstandoque intervenisse proponas, illa utique a liberrima utriusque voluntate descendit, ac ne is, qui ex conventione deferre debebat, extra judicium ad delationem faciendam constringi poterat, nec, si detulisset, adversarium ad jurandum adigere: sive ex adverso sine prævia conventione illud extra judicium a parte parti delatum concipias, liberum fuit deferenti non deferre; liberum ei, cui delatum, nec præstare, nec referre; liberum denique ei, cui relatum est, nec tunc illud præstare; dum omnibus his in casibus deest, qui cogat; cum privatus in privatum nullam habeat jurisdictionem aut cogendi potestatem. Judiciale appello, quod pars parti in judicio, accedente plerumque sententia judicis interlocutoria delationem probante, defert vel refert, *l. generaliter* 12. *§. sed juramenta, C. h. t. de reb. credit. & jurejur.* Necessarium denique, quod judex defert actori vel reo; ita dictum, quia is, cui id delatum, nec judici deferenti, nec adversario, qui non detulit, referre potest, sed omnino jurare, ni cadere causa malit, necesse habet. Aliter quam in judiciali observabatur quod propterea etiam mixtam quodammodo causam inter voluntarium ac necessarium videri potest obtinere: in quantum initio inspecto liberrima referentis voluntas est, quæ post delationem deinde in eo, cui defertur, incipit magis adstricta esse, dum is aut jurare tenetur, aut referre; tandem vero exitu considerato mera necessitas apparet, quatenus is, cui illud referre valet, ut post dicetur, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 42.

8. Deferre possunt voluntarium ac judiciale omnes liberam habentes rerum administrationem, quales sunt domini majorennes, tutores ac curatores in causis dubiis pupillorum, minorum, furiosorum, & aliorum similium alia probatione destitutis, *l. jusjurandum* 17. *§.* 1. 2. *l. tutor.* 35. *pr. ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 20. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 12. si modo lis sit de rebus illis, quarum sine decreto procedit alienatio; nam si de immobilibus aut mobilibus, quæ sine decreto alienari nequeunt, controversia intercedat, non aliter quam impetrato primitus decreto prætoris jusjurandum per eos deferri posse puto, exemplo transactionum, quarum vice jusjurandum obtinere dicitur, arg. *l. non solum* 4. *C. de præd. & aliis reb. minor.* junct. *l. jusjurandum speciem* 2. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 10. *thes.* 11. Procuratores non aliter recte deferunt, quam si vel speciale ad id mandatum habeant, vel generale cum libera, vel in rem suam constituti sunt. Unde si ille, cui mandatum simpliciter ut peteret, jusjurandum detulerit, nihil agit, *l. jusjurandum quod* 17. *§. ult. l.* 18. *l.* 19. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 12. *defin.* 12. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 29. *num.* 24. 25. Defensores civitatum, magistri societatum & collegiorum ita demum, si ad id mandato instructi sint, *l. jusjurandum* 34. *§. defensor* 1. *ff. h. t.* Adde *tit. de transact. n.* 2. *& seqq.* Non unus ex coheredibus, ceteris ignorantibus, etiamsi de rato cavere paratus sit, ob metum perjurii, si forte post præstitum jusjurandum ab eo, cui delatum est, ceteri factum coheredis ratum non habentes, probationes adducant contra id, quod juratum est, Ant. Faber *C. libr.* 4. *tit.* 1. *defin.* 21. Nullo modo pupilli sine tutoris auctoritate, *l. jusjurandum* 17. *§. pupillus* 1. *ff. h. t.* nec prodigi & similes, *l. tutor.* 35. *§. prodigus* 1. *ff. h. t.* nec qui lapso biennio non numeratæ pecuniæ exceptione utuntur, *l. in contractibus* 14. *§. illo* 3. *C. de non num. pecun.* Adde *tit. de reb. cred. n. ult.* nec illi, qui, cum prius detulissent jusjurandum, illud necdum acceptatum re-

vocaverunt, probationibus confisi, *l. si quis jusjurandum* 11. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* quales tamen hodie mediante in integrum restitutione adhuc ad jurisjurandi delationem admitti, notat Groenewegen ad *d. l.* 11. *C. h. t.* Sed nec servi deferre possunt in præjudicium dominorum, si libera careant peculii administratione, *l. deposisi* 5. *§. si filiusfamilias* 2. *ff. de peculio*, eam enim si habeant, æque domino prodesse vel nocere peculio tenus possunt deferendo jusjurandum, ac filiifamilias suo patri, *l. servus quod* 20. *l.* 21. 22. *ff. h. t.* Minores annis viginti quinque, si curatore destituti illud detulissent adversario, restitutionem petere non vetabantur, si hoc ipso se captos doterent, *l. nam postquam* 9. *§. si minor* 4. *ff. h. t.* Sed cum hodie minoribus invitis curatores dentur, consequens est, inutilem esse delationem, quæ a minore sine curatoris auctoritate fit; sic ut nec restitutione opus sit, arg. *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restit. minor.* Infamem denique jusjurandum adversario deferre volentem audiendum non esse, ad id, ut adversario imponeret jurandi vel referendi necessitatem, variis placet; tum quia tales non amplius metuerent infamiam ex perjurio probato irrogandam, qua jam ante ex alia cœperant causa laborare, arg. *l. si quis injuriam* 35. *ff. de injuriis*, tum quia sic ei, cui defertur, prope adimeretur referendi facultas, dum non sine manifesto perjurii imminentis periculo referret infami deferenti. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 17. junct. *defin.* 9. *num.* 6. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *const.* 14. *defin.* 6.

9. Defertur omnibus sexus cujusvis aut ætatis hominibus, etiam impuberibus, servis, heredibus, procuratoribus, defensoribus, de defuncti aut domini facto; ad eum effectum, ut ratum firmumque futurum sit, quod pupillus, procurator, defensor, aut hæres juraverit, & actio inde vel exceptio pupillo, hæredi, domino, competat, sive in sua sive in domini anima per procuratores juratum sit: cum æquum visum fuerit, custodiri jusjurandum adversus illum, qui contentus eo, cum deferret, fuit; sibique, quod talibus detulerit, imputare debeat, *l. nam, postquam* 9. *§. jur.* 6. *l. sed & si servus* 25. *l.* 26. *l. in duobus* 28. *§. quod reus* 1. *l. ult. §. pen. ff. h. t.* dummodo observemus, datam actionem ex jurejurando procuratoris utilem tantum esse, non directam: qua ratione concilianda *l. non solum* 39. *§. qui alieno* 1. *ff. de procurat.* cum *d. l.* 9. *§.* 6. *ff. h. t.* Neutiquam vero delatio proficit ad eum finem, ut pupillus, servus, defensor, procurator, heres aliique similes vel jurare cogerentur vel jusjurandum referre, ne viderentur in manifesta hærere turpitudine, caderentque causa, *l. jur.* 34. *§. pupillo* 2. *&* 3. *ff. t.* arg. *l. si tine* 9. *§. n.* 3. 4. *l. si filius* 19. *ff. de interrogat. in jure fac. l. qui in alterius* 42. *ff. de reg. juris*, cum probabilis omnino facti alieni etiam in ipso herede ignorantia sit: ut merito suscipere jusjurandum detrectet; si modo reus in lite sit: nam si actor, instructus venire debet, *d. l.* 42. *ff. de reg. juris*, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 33. Adde Thomingium *decis.* 45. Nec iniquum fuerit, in id saltem heredi jusjurandum deferri, ut juret, quid de defuncti facto compertum habeat; eo modo, quo & tutoribus pro pupillo in judicio stantibus recte jusjurandum a pupillorum adversario defertur, ut jurejurando exponant, quo usque negotium pupilli ipsis notum sit, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 1. *def.* 20.

10. Locum habet hæc jurisjurandi delatio in omnibus causis seu actionibus civilibus, sive personalibus, sive realibus, sive rei persecutoriis sive pœnalibus, atque etiam in ipsis causis infamantibus, veluti si furti, vel de vi bonorum raptorum, vel injuriarum agatur civiliter; adeo ut damnatus post jusjurandum ex judicio famoso famosus fiat, *l. ait prætor* 3. *§. quacunque* 1. *l. nam, postquam* 9. *§. si damnetur* 2. *l. si duo* 13. *§. idem Julianus* 2. *l. in duobus* 28. *§. si quis juraverit* 5. 6. 7. 9. *ff. h. t. l. lex Cornelia* 5. *§. hac lege* 8. *l. non solum* 11. *§. injuriarum* 1. *ff. de injuriis*, *l. furti accipe* 6. *§. sed & si* 4. *de his, qui not. infam. l. non damnatos* 18. *in fine C. ex quib. caus. infam. irrog.* Quod nostris moribus tanto facilius admiseris, quia civili judicio damnatos injuriarum vel furti ad id quod interest, vel ad palinodiam, infamia non comitatur, ut dictum *tit. de his, qui not. infam. n. ult.* Confer Berlichium *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 29. *n.* 42. *& seqq.* Sed & in popularibus actionibus usum invenit, *l. eum, qui* 30. *§. in popularibus* 3. *ff. h. t.* nec non in quæstione, an mulier prægnans sit, nec ne; ad id, ut ventris nomine in possessionem mittatur, si se prægnantem juret, aut possessio ei denegetur, si adversarius juret, eum ex defuncto marito prægnantem non esse; non ut partui noceatur, *l. ait prætor* 3. *§. unde Marcellus* 3. *ff. h. t. l. cum mulier* 10. *ff. de Carboniano edicto*. In disceptatione quoque, utrum nuptiæ vel sponsalia contracta fuerint, nec ne, jurisjurandi delationem admitti, dicetur latius *tit. de sponsalibus*, *& tit. de ritu nupt.* In criminalibus vero causis jurisjurandi delatio merito reprobatur, cum nec calumniæ jusjurandum illic præstandum sit ob metum perjurii; adeo ut secundum mores hodiernos, quibus difficilius ad irrogandam infamiæ pœnam proceditur, ne tum quidem, cum infamia damnatum secutura est, delati jurisjurandi religione causæ decidenda sit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin* 45. Jul. Clarus *sent. lib.* 5. *§. fin. quæst.* 63. *n.* 1. *&* 3. Ant. Matthæus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 15. *cap.* 7. *n.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 230. *pag. mihi* 449. 450. Si tamen judex dicatur in causis criminalibus pecuniam accepisse, (quo probato, in exilium mittendus esset, publicatis omnibus bonis) neque id probare litigator potuerit, persona, quæ accepisse dicitur, jurare tenetur, *quod neque per se, neque per aliam personam accepit, aut promissionem habuit*, ut ita liberetur, *authent. novo jure C. de pœna jud. qui male judicavit.* Cujus singularis ea ratio videtur, quod non tam jurisjurandi novi impositio hic fiat, quam potius repetitio quædam jusjurandi illius, quod quilibet honoribus conspicui in muneris ingressu præstare tenebantur; quippe inter alia jurantes, *se nihil penitus, tam in administratione positos, quam post depositum officium, pro aliquo præstito beneficio tempore administrationis, quam gratuito meruerint, accepturos*, *l. ult. in med. C. ad leg. Jul. repetund.*

11. Nihil autem interest in causis civilibus, an actor, an reus sit, qui jusjurandum hoc defert; cum uterque id possit, non modo ante, sed & post litem contestatam usque ad sententiam, *l. generaliter*, 12. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* etiamsi jam ulteriori fuerit renunciatum probationum productioni, at-

que etiam ex publicatione testificationum didicerint litigantes, quid minus probatum sit; impetrata ex moribus ad id faciendum restitutione in integrum adversus renunciationem ulteriorum probationum factam. Si enim ab initio reus actori, vel actor reo, jusjurandum deferre possit, ubi probationes sibi sufficientes deesse videt; ratio nulla est, cur non & postea mediante saltem restitutione, haud difficulter impetranda, eo confugiat, adversarium judicem simul ac testem faciens in causa sua. Quod enim pro opinione contraria ab Antonio Fabro *Cod. libr.* 4. *tit* 1. *defin.* 2 . adductum est, præclusa probandi via, ad jusjurandum non debere aditum patere, quia efficacissima probatio est; non amplius stringit, ubi per restitutionem in integrum adversus renunciationem, aditum ad probationes ulteriores præcludentem, via probandi rursus aperta est. Eoque facit, quod ita demum post alias probationes tentatas jurisjurandi delatio interdicta fuit, si is, qui deferre vult, jam antea id detulerat, sed necdum acceptatum revocaverat, probationibus confisus; quippe cui tunc non videbatur relinquendus regressus ad illum, quem spreverat, probandi modum, *l. si quis jusjurandum* 11. *C. b. t. de reb. cred. & jurejur.* Confer Thesaurum *decis. Pedemont.* 93. Paponium *lib.* 9. *tit.* 6. *art.* 5. & 6. Boerium *decis.* 95. *num.* 4. *& seqq.* Christinæum *vol.* 3. *decis.* 1. *num.* 2. Fachineum *controv. lib.* 1. *cap.* 20. Mascardum *de probat. conclus.* 979. *num.* 9.

12. Nec delationem jurisjurandi ab actore aut reo faciendam impedit, quod forte deferens antea in se susceperit intentionis suæ aut exceptionis probationem; eo quod perinde habetur quod juratum est, atque si probatum esset, *l. sed si possessore* 11. *§. si, cum de* 3. *ff. b. t.* ac generaliter constitutum est, licentiam concedendam esse ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, *l. cum de indebito* 25. *§. in omnibus* 3. *ff. de probatione.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 345. Sed nec illud delationi obstat, quod non semiplene, sed omnino nihil probaverit ex suo latere is, qui jusjurandum deferre vult: cum de tutore nominatim cautum sit, illum, omnibus aliis probationibus in pupillari causa deficientibus, jusjurandum deferentem audiendum esse, *l. tutor.* 35. *pr. ff. b. t.* in quo nihil pupillorum favore singulare est, nisi hoc, quod, cum alioquin, ne facto quidem probationum aliarum ordinariarum periculo, in sua quisque causa protinus ad jusjurandi religionem confugere possit, tutor tamen id nequeat in pupillari lite, nisi tentatis ac deficientibus aliis omnibus probandi modis. Firmatque hanc ipsam sententiam, quod, licet alioquin in ultimis voluntatis dispositionibus ordinaria simplexque ac jure naturali & gentium idonea probatio non sufficiat, sed quinque testium depositio ad minimum requiratur; tamen si heres dicatur viva voce per testatorem fidei commisso gravatus, sic ut de voluntate ejus certam & fallere nesciam scientiam habeat, recte fideicommissarius, omni probatione alia legitima destitutus, jusjurandum ei deferre possit, atque ita eum ad id agere, ut vel jusjurandum subeat, quod nihil tale a testatore audiverit, vel id recusans adimpleat ea, quæ suæ fidei, interposito per actorem calumniæ jurejurando, dicebantur commissa, *§. ult. Instit. de fideicommiss. bared. l. ult. C. de fideicommissis.* Facit denique, quod nulla lege cautum invenitur aliquam oportere minus plenam præcedere probationem, antequam delationi locus esset; sed ex adverso sine ulla limitatione manifestæ dicitur turpitudinis & confessionis esse, nec jurare velle, nec jusjurandum referre; eumque, qui utrumque recusat, ad solvendum oportere compelli, *l. manifestæ* 38. *ff. b. t. l. delata* 9. *C. b. t. de reb. cred. & jurej.* ac generaliter, ei, cui onus probandi incumbit, licentiam concedendam esse, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre; ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, *l. cum de indebito* 25. *§. in omnibus* 3. *ff. de probation.* Nec recte his objeceris, actore non probante reum absolvendum esse, licet nihil ipse præstet, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo,* cum actor tum demum in probatione censeatur defecisse, quando nec per jusjurandum probavit, arg. *d. l.* 25. *§.* 3. *ff. de probat. l. sed si possessori* 11. *§. ult. in med. ff. b. t.* Vanusque insuper hac opinione admissa, litium calumniosarum timor est; quasi sic quilibet cuilibet controversiam facere sine ulla causa, sine jure ullo, posset; tum isti metui satis obviam itum sit per impositam ei, qui jusjurandum deferre vult, de calumnia jurandi necessitatem. Frustra quoque obtenditur, sic de domo & quasi sinu adversarii probationes peti, contra *l. nimis grave* 7 *C. de testibus,* cum potius hic adversarius in sua causa judex simul ac testis constituatur, *l.* 1. *pr. ff. quar. rer. act. non datur,* quod longe abest a petitione probationum e domo adversarii, per *d. l.* 7. reprobata. Foventque hanc assertionem Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 19. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 9. Ant. Thesaurus *decis.* 93. *in pr.* Christinæus *vol.* 3. *decis.* 1. *n.* 2. Cujacius *lib.* 22. *observ.* 28. Zoësius *ad Pand. b. t. num.* 34. Perezius *ad tit. C. de reb. cred. & jurejur. num.* 20. Jacob. Coren *consil.* 20. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 12. *defin.* 2. Bronchorst *enanţ. cent.* 2. *assert.* 24. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 42.

13. Delatum autem ab adversario jusjurandum vel præstandum est regulariter, postquam deferens ipse prius de calumnia juravit; *l. jusjurandum* 34. *§. qui jusjurandum* 4. *ff. b. t.* vel referendum: cum, uti dictum, turpitudinis manifestæ sit nec jurare nec jusjurandum referre, *d. l. manifestæ* 38. *ff. b. t. l. delata* 9. *C. b. t. de reb. cred. & jurejur.* sive de rebus omnibus, sive de quibusdam tantum delatio facta sit; cum liceat de quibusdam rebus jusjurandum deferre, de quibusdam probare, *l. de rebus* 14. *ff. de act. rer. amot.* Et ea quidem forma plerumque referendum, qua ab initio delatum est, nisi forsan ex diversitate rerum aut personarum quædam emergant, quæ varietatem inducunt; quod ubi inciderit, officio judicis conceptio jurisjurandi terminanda foret, *d. l.* 34. *§. non semper* 8. *ff. b. t.* Nam &, si ab initio inter litigantes de jurandi modo ac qualitate non conveniat, conceptio ejus in arbitrio judicantis est, *d. l.* 34. *§. si de qualitate* 5. *ff. b. t.* Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 189. Ant. Fabrum *C. libr.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10. Neque necesse est, ut & referre jusjurandum calumniæ prius præstet, cum ferendus non sit, qui intuitu conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari; nec referenti rursus referri potest id quod ipse retulit; sed

qui detulit, post factam sibi relationem jurare omnino tenetur, alioquin causa cadit; eo quod displicere non debuit conditio juraodi ei, qui detulit, *d. l. 34. §. datur 7. & §. ult. ff. h. t. l. generaliter 12. §. sed juramento 1. C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* usque adeo, ut, si tutor vel curator jusjurandum in pupillari negotio semel detulerit, illud deinde sibi relatum nequeat declinare: cum enim leges ei de affectione, ac proinde longe magis de veritate, in lite pupilli jurare permittant, *l. videamus 4. ff. de in litem jurando*, ipse sciens, ad delationem sequi de jure posse delati jurisjurandi relationem, sibi imputare debet, quod sese ad hanc jurandi necessitatem suo proprio facto prima scilicet delatione deductum videt, arg. *d. l. 34. §. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 1. defin.* 10. Carpzovius *defin. forens. part. 1. constit. 14. defin.* 13.

14. Sunt tamen in jure casus, quibus jusjurandum delatum referri nequit, sed omnino sine relatione præstandum est; puta, si jam ab eo, cui delatum, acceptatum sit; cum acceptatio conventionis speciem in se contineat, & necessitatis faciat, quod ab initio liberæ voluntatis erat, adeoque impediat referendi facultatem, arg. *l. jusjurandum 17. pr. ff. h. t. l. sicut 5. C. de obligat. & act.* Donellus *comment. jur. civil. lib. 24. cap. 13.* ibique Hilligerus *lit. S.* Carpzovius *d. part. 1. constit. 14. def.* 3. Idemque dicendum, si is, cui id delatum, vel solus vel melius noverit negotium, de quo disceptatur; qua ratione, si maritus uxori, vel illa viro rerum amotarum moveat actionem, & jusjurandum deferatur ei, qui vel quæ amovisse arguitur, permittendum ei non est relationem facere, cum optimam facti proprii conscientiam habeat, *l. Marcellus 11. §. 1. 3. l. 12. l. 13. ff. de act. rer. amot.* Etsi ex adverso patri mulieris, quæ amovisse dicitur, aut heredi ejus, illa jurandi necessitas imponenda non sit; cum iniquum existimetur de alieno facto alium jurare, *d. l. 11. §. 1. ff. h. t.* Cravetta *consil.* 233. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 16. Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 1. defin.* 9. Jac. Coren *consil.* 30. *in notis*, Fachineus *controv. lib. 1. cap.* 21. Menochius *de arbitrar. judic. lib. 2. casu* 189. *num.* 7. 8.

15. Sunt & justæ causæ, propter quas delatum jusjurandum neque suscipiendum est ab adversario, neque referendum; veluti si deferens de calumnia jurare nolit, *d. l. 34. §. 4. ff. h. t.* si delatum ab eo, qui non habebat deferendi jus; vel ei, cui leges deferri vetant; vel non eo modo eaque forma, quam jura moresque boni probant; de quibus præcedentibus, si in judicio deferatur ei, qui illo in loco forum competens non sortitur, nec judicium suscipere compelli potest, *l. tutor 55. §. ult. ff. h. t.* si jam plene per eum, cui defertur, probata sit; eo quod jusjurandum subsidiarius tantum probandi modus est; qui neque contra manifestas alias ordinarias probationes legitimas atque sufficientes operari debet, si forte ex relatione ejus, qui plene probavit, præstaretur; neque probationi per se fidem plenam facienti robur majus, majoremve fidem addere debuit, si is, qui probavit, insuper ex delatione juraret. Quod & jure Canonico evidenter cautum, *cap. sicut 2. extra, de probation.* Joh. Papon *libr. 9. tit. 6. art.* 5. & 8. Christinæus *vol. 3. decis. 2. num.* 12. Ant. Matthæus *de judiciis disput. 10. num.* 54. Diversum nonnullis videtur respondendum, si is, cui jusjurandum infertur, necdum quicquam probaverit, sed ordinariis probationibus sese litem instruere paratum dicat; quasi delatione jurisjurandi promptum & expeditum litis terminandæ remedium offeratur; dum ex adverso in longum sæpe lites trahuntur, ubi conquirendis adhuc undecunque probationibus insudandum est; quod in superiore casu, ubi jam probatio plena adducta erat haud fuit metuendum, Joh. Papon *libr. 9. tit. 6. art. 4.* Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 5. Ant. Matthæus *de judiciis disput. 10. thes.* 53. Sed cum, uti ante dictum, jusjurandum subsidiarius tantum probandi modus sit, sic ut etiam ejus jam præstiti vis omnis evanescat, ac ex integro causa agitanda sit, quoties non ad partis sed judicis desiderium ac delationem præstitum est, si adversarius deinde dicat, se nova invenisse instrumenta, quibus nunc solus usurus est, *l. admonendi 31. ff. h. t.* rationem non animadverto, cui adversarius in præsenti testibus aut instrumentis, utut necdum productis, munitus atque confisus, declinare non posset jurisjurandi præstandi aut referendi necessitatem. Et sane, ni ita statuas, haud raro futurum est, ut justissimam foventes litem probationibus luce meridiana clarioribus adstruendam, causa tamen cadant, dum ipsis ad superstitionem forte timidis metu divini Numinis, & succumbere quam jurare malentibus adversarius horum non ignarus jurejurando ea deferret fiducia, fore, ut illud sibi ab eo, qui jurare non audet, etiam cum evidente perjurii periculo referatur. Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 1. defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. part. 1. constit. 14. defin.* 14. Zoesius *ad Pandect. h. t. n.* 4.

16. Extra hos casus, si quis delatum præstare velit nec referre, tamquam turpitudinis & confessionis manifestæ reus, litis damno afficitur, ac victus recedit, sive actor sive reus sit, *d. l. 34. §. ult. d. l. 39. ff. h. t. l. delata 9. C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* ut tamen ei supersit a tali sententia appellandi facultas, si forte minus recte sibi jusjurandum delatum ideoque condemnationem ob illud neque susceptum neque relatum nullo jure subsecutam putet, cessante tunc ratione appellationis denegandæ, cum transactum videri nequeat, ubi juratum non est, *l. generaliter 12. §. sin autem 2. C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Fachineus *controv. lib. 1. cap. 25. in pr.* Et quamvis is, cui delatum est, quandoque ex justa causa dilationem modicam petere possit, ut plenius deliberet, atque etiam de veritate magis certioretur, & sic juret, vel referat, vel utrumque recuset, *l. jusjurandum 34. pr. ff. h. t.* arg. *l. qui interrogatur 5. ff. de interrogat. in jure fac.* quamvis etiam deferens delatum jusjurandum sed necdum acceptatum, vel etiam, ut alii volunt, jam acceptatum sed necdum præstitum, revocare possit, probationibus ordinariis confisus, *l. si quis jusjurandum 11. C. h. t. de rebus cred. & jurejur.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 1. definit.* 22. tamen is, qui delatum semel recusavit præstare, vel referre, vel expresse, vel tacite, dum neque deliberandi spatium sibi dari petiit, sed insuper habita delatione ad alia transivit, deinceps amplius ex pœnitentia illud vel referre vel præstare, adversario invito, non potest; eo quod regressus ei non videtur concedendus ad illud litium dirimendarum remedium, quod prius recusando, aut non admittendo, contempsit

sprevitque, *l. non erit* 5. §. *ult.* *l.* 6. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 11. *C. h. t. de reb. cred. jurejur.*

17. Quod si ex delatione partis adversæ, vel relatione, jusjurandum rite præstitum sit, effectus ejus est, quod speciem transactionis habeat, majoremque auctoritatem quam res judicata, *l. jusjurandum* 2. *l. admonendi* 31. *ff. h. t. l.* 1. *pr. ff. quar. rer. act. non datur*, ac reo juranti exceptio jurisjurandi nascatur, sive in rem sive in personam actione conventus sit, §. *æque* 4. *Instit. de except. l. nam, postquam* 9. §. 1. *ff. h. t.* nisi ad judiciale accesserit insuper judicis sententia: quippe quo casu magis utilis rei judicatæ exceptio danda foret, arg. *l. actori* 8. *C. h. t. de reb. & cred. jurejur.* Observandum enim, sententiam quidem post præstitum judiciale jusjurandum plerumque sequi, *jusjurandum* 24. §. *ult. ff. h. t.* non tamen id necessitatis esse; cum ipsum jusjurandum transactionem contineat, *d. l.* 2. *l.* 31. *in fine ff. h. t.* transactio vero litem cœptam abunde dirimat atque decidat sine sententia subsequente, arg. *l. non exigimus v. pr. ff. si quis caut. in judic. sist. caus. factis non obt.*

18. Quod si jus suum jurejurando actor asseruerit, in factum actionem ex jurejurando, vel subsecuta ad judiciale condemnatione, utilem rei judicatæ actionem habet *d. l. actori* 8. *C. h. t.* §. *item si quis* 11. *Inst. de action. l. nam postquam* 9. §. 1. & §. *ult. ff. h. t.* Quæ in factum actio semper in personam est, cum ex quadam conventione nasci videatur, ut post dicetur: atque insuper perpetua, licet adversus eum juratum sit, qui temporali actione conveniebatur, quia post litem cum eo contestatam obligatio temporalis adversus eum perpetuata fuit, *l. nam postquam* 9. §. *is, qui* 3. *ff. h. t.* Sed & in simplum ejus quod petitum est, atsi negotium, de quo juratum, tale sit, ut inficiatione lis crescat in duplum; quasi abunde sufficere petitori debuerit, quod exoneratus fuerit probationis ordinariæ necessitate, *l. eum, qui* 30. *pr. ff. h. t.* Quamvis de cetero hæc actio sit tantum adjectitia qualitas actionis pristinæ in rem vel in personam; sic ut in eam illa veniat, quæ publiciana actione, vel rei vindicatione, vel petitione hereditatis, vel emti judicio, aliove simili, actorem consequi oportere generaliter actionis cujusque natura declarat, sive de re principali, sive de accessionibus usuris fructibus partu aliisque quæstio sit, *l. sed si possessori* 11. §. 1. 2. 3. *l. si duo* 13. §. 3. 4. 5. *ff. h. t. l. sed & si* 7. §. *si petenti* 7. *ff. de publician. in rem act.* Unde & actionem pristinam neque novat neque tollit jusjurandum, sed magis actioni pristinæ hanc adjicit in factum actionem, *l. illud* 25. §. 1. *ff. de constit. pecun. d. l.* 7. § 7. *ff. de public. act. d. l.* 13. §. 3. 4. 5. *ff. h. t.* Ut proinde improprie jusjurandum ad novationis speciem referatur in *l. qui jurasse* 26. §. *ult. ff. h. t.* quod & Paulus non obscure in d. l. significat, dum non simpliciter asserit in jurejurando novationem esse; sed potius jurisjurandi conditionem *posse videri esse ex numero novandi delegandique.*

19. Verum uti jusjurandum ad partis delationem aut relationem interpositum juranti tum ad excipiendum tum ad agendum prodest; ita quoque eidem nocet, ac actio inde utilis ex æquitate adversus eum datur, quoties id jurejurando complexus est, quod implicat atque involvit ipsius jurantis obligationem. Qua ratione, si quis juraverit, *vendidisse me ei rem aureis centum*, non minus ipse utili actione venditi ex jurejurando ad rem tradendam, *l. si duo* 13. §. *si quis* 3. *ff. h. t.* Idemque dicemus, *si societatem se fecisse* juraverit, *d. l.* 13. §. *idem dicemus* 4. *ff. h. t.* Et, si juraverit, *se ob decem pignori dedisse fundum*, non modo a pignoratitia actione, seu pignoris repetitione, depellendus erit, donec decem velut debita solverit, & ex jurejurando suo ipsum ad decem conveniri posse magis probatum fuit, *d. l.* §. *Marcellus* 5. *ff. h. t.* denique, si juratum sit, usumfructum dari oportere, non aliter dandus erit, quam si jurans fructuariam præstiterit cautionem, *l. eum, qui* 30. §. *ult. ff. h. t.*

20. Interim, uti vulgo res inter alios acta vel judicata, sic & inter alios jurata aliis non nocet, *l. ait prætor* 1. §. *unde Marcellus* 3. *ff. h. t. l. nec filius* 7. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Quo fundamento, si petitor juraverit, possessore deferente, *rem suam esse*, danda ei actio duntaxat adversus illum, qui jusjurandum detulit, eoque, qui in ejus locum successerunt; contra alios ei jurisjurandi prærogativa nihil prodest, *l. nam, postquam* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t. l. sed & si* 7. §. *si petenti* 7. *de public. in rem act.* aut. si quis *hereditatem suam esse* juraverit, non proficiet ei jusjurandum præstitum, alio, quam qui detulerat, hereditarias res possidente vel petente; sed ex integro probare tenetur, se heredem esse, *l. sed si possessori* 11. §. *ult. in fine*, *l.* 12. *ff. h. t.* Quin &, si debitor obæratus jusjurandum in fraudem creditorum vel vero detulerit debitori, ut is juret, se non debere, vel ficto atque subornato creditori, ut is sibi deberi juret; exceptione vel replicatione creditorum fraudatorum se creditores fraudati contra juris-jurandi potestatem tueri poterunt, *d. l.* 9. §. *sed & si quis* 5. *ff. h. t.* Denique si privata furti vel alia simili actione conventus ad id quod interest, juraverit, se furtum non fecisse, non ideo minus judicio criminali per fisci advocatum ex moribus hodiernis pulsari potest exemplo eorum, qui, cum aliis privatis de delicto transegerunt, ut dictum *tit. de transact. n.* 20. Groenewegen ad *l.* 13. §. 2. *ff. h. t.* Contra quoque non prodest aliis, quam qui jurarunt, eorumque successoribus, *d. l.* 3. §. 3. *ff. h. t.* Qua ratione, cum ex duobus patronis unus liberto jusjurandum detulisset, isque jurasset, se libertum ejus non esse, non id alteri patrono proficiet ad id, ut ex asse patronus censeatur, aut ei ultra partem suam bonorum liberti defuncti possessio cedat; etsi tali in casu pro eo, quasi ex asse patrono præsumtio quædam militet: quo fit, ut dicatur multum fidei & auctoritatis apud judicem habiturus, cum se solum esse patronum probare intendit, *l. si duo* 13. *pr. ff. h. t.*

21. Si tamen reus juraverit, se non debere, fidejussori quoque jusjurandum prodest, *l. in duobus* 28. §. 2. *l. ult. ff. h. t.* & viceversa præstitum a fidejussore jusjurandum reo principali proficiet; si modo fidejussor in rem juraverit, *non deberi;* nam si de sua tantum persona juraverit, quod *nempe fidejussor non sit*, aut quid simile reo principali nulla inde liberatio contingit, *d. l. in duobus* 28. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. §. *si fidejussor.* 3. *ff. quar. rer. act. non datur.* Uno quoque reo debendi jurante, se non debere, juris-jurandi exceptio alteri reo debendi danda vide-

l. ex duobus 28. §. *ex duobus* 3. *ff. b. t.* & quod jusjurandum solutionis loco est, *l. jusjurandum etiam* 27. *l.* 28. §. 1. *ff. b. t.* dummodo & hic in rem juratum fuerit, arg. *d. l.* 1. §. 3. *ff. quar. rer. act. non datur*, *argum. l. fidejussoris* 23. *in fine*, junct. *l.* 24. *ff. de pactis*. Quemadmodum ex adverso in duobus stipulandi reis ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit, quo minus petat, sive socii sint, sive non, *d. l.* 28. *pr. ff. b. t.* Etsi enim pactum de non petendo ab uno reorum credendi cum debitore factum non obsit alteri stipulandi reo, *l. si unus* 27. *ff. de pactis* arg. *l. si duo rei* 34. *ff. de receptis qui arbit. recept.* aliud tamen in jurejurando placuit, ea, ut opinor, ratione, quod leges Romanæ jusjurandum voluerunt judicii instar esse & pro judicio cedere, *l. qui jurasse* 26. §. *ult. l. tutor* 35. §. 1. *ff. b. t.* Lite autem per unum ex stipulandi reis contestata, reliquos velut occupatione quadam ab agendo exclusos esse, patet ex *l. fideicommissa* 11. §. *sic evenit* 21. *in fin. ff. de legatis* 3. *l. ex duobus* 16. *ff. de duob. reis constituendis*, *l. si rem* 31. §. 1. *ff. de novation.* quin & acceptilationis, novationis ac delegationis quandam speciem jurejurando comprehensum videri posse, illudque loco solutionis cedere, in locum solutionis succedere placuit, *d. l. qui jurasse* 26. §. *ult. l.* 27. *l.* 28. §. 1. *l. jusjurandum* 40. *ff. b. t.* solutione autem aut delegatione aut novatione uni vel ab uno stipulandi reo facta obligationem alterius quoque rei stipulandi intuitu perimi, manifestum est, §. 1. *Inst. de duob. reis stipul. & promit. l. si rem aliquam* 31. §. 1. *ff. de novation.* quod non ita in pacto esse, tum ex *d. l.* 27. *ff. de pactis*, patet; tum præcipue ex *l. liberationem* 3. §. *nunc.* 3. *ff. de liberatione legata.* Diversum tamen dicendum erit, si unus ex pluribus debendi reis jusjurandum creditori detulerit, isque *sibi deberi* juraverit; quippe quo casu tantum adversus deferentem, non item alterum debendi reum, actionem in factum ex jurejurando jurans habere potest; cum res inter alios judicata aut jurata, alios non gravet secundum ante dicta; nec hic eadem, quæ, in superiori casu, ratio sit; dum illic unus pluribus stipulatoribus jurejurando æque ac judicio totam obligationem jure occupavit, sibique proprium fecit; hic vero unus debendi reus jusjurandum deferendo in se non transtulit totam obligationem passivam, neque etiam magis delatione jurisjurandi, quam novatione alterum debendi reum obstringere potuit, arg. *l. si rem* 31. §. 1. *ff. de novation.* junct. *l. qui jurasse* 26. §. *ult. ff. b. t.* Ant. Faber in *rationalibus ad l.* 28. §. 3. *ff. b. t.*

24. Strictam quoque jusjurandum quam maxime recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Unde, si quis juraverit, se non rapuisse, non debet adjuvari hoc jurejurando in actione furti, vel condictione; quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest, *l. in duobus* 28. §. *si quis* 5. *ff. b. t.* Uti vice versa, si actor deferente reo juraverit, sibi furtum factum esse, furti quidem actionem, at non statim etiam condictionem furtivam nanciscitur, quippe quæ non contra omnem furem datur; non utique contra eum, qui solo consilio sine ope furtum juvit, *d. l. in duobus* 28. §. *pen. ff. b. t.* junct. *l. proinde* 6. *ff. de cond. furt. l. sæpe ita* 53. §. *ult. ff. de verb. sign.* Et si uxor juraverit *divortii causa res non amovisse*, jurisjurandi auxilio tuta non erit, si postea in rem actione de restituendo conveniatur, *d. l.* 28. §. *quæ juravit* 7. *pr. ff. b. t.* Idemque est, si actor reo jusjurandum detulerit de constituta pecunia, isque juraverit, se non constituisse; postea enim ex principali seu priore obligatione, quam constitutum prærequirit, conventus, exceptione jurisjurandi tueri sese nequit, nisi & de hac juratum sit, *l. si actor detera.* 36. *ff. b. t.* Et, si quis noxali vel alio conventus judicio tanquam possessor, juraverit, se non possidere, ac postea nactus sit possessionem, pati denuo tenetur actionem, nec jurisjurandi præstiti obtentu tutus est, *l. quotiens* 21. §. *ult ff. de noxal. action.* Denique si possessor rei juraverit, *rem petitoris non esse*, jurisjurandi exceptione quidem uti potest contra petitorem, quamdiu in possessione est; at si possidere desierit, & ad petitorem possessio pervenerit, nullam ex jurejurando tali actionem contra pristinum petitorem habet: secus, quam obtineret, si jurasset *rem suam esse*, *l. sed si possessori* 11. *ff. b. t.* De cetero jurisjurandi exceptio, & effectus ejus, non tantum locum habet, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum; sed etiam, si alia: si modo eadem quæstio in posterius judicium deducatur; & ea posterioris actionis natura sit, ut per priorem posterior consumatur, *l. in duobus* 28. §. *quæ juravit* 7. & §. 8. *ff. b. t.* etiamsi forte prior actio tantum rei persecutoria esset, posterior pœnæ quoque contineret persecutionem. Hinc si colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, juraverit, *se non succidisse*, sive ex lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive ex lege Aquilia damni injuria, sive interdicto quod vi aut clam postea conveniatur, per exceptionem jurisjurandi defendi potest, *d. l. in duobus* 28. §. *colonus* 6. *ff. b. t.*

25. Præstationi jurisjurandi similis est, eosdemque effectus habet, remissio ejus, facta ei, qui ad delationem aut relationem adversarii illud susceperat ac jurare paratus erat, dum deferens aut referens suscepti jurisjurandi voluntate conventus est, *l. remittit* 6. *l. nam postquam* 9. §. *jurejurando* 1. *ff. b. t. l. actori* 8. *C. b. t. de reb. cred. & jur.* Qualis remissio non nisi per eos, qui & deferendi jus habent, fieri potest, arg. *l. jurisjurandi* 32. *ff. b. t.* sed quo minus etiam absenti & ignoranti vel per nuncium vel per epistolam fiat, nihil vetat, *l. Labeo* 41. *ff. b. t.* Quamvis enim verum sit, etiam promissorii jurisjurandi jam præstiti gratiam ab adversario fieri posse, non modo præsenti sed & absenti per epistolam & ignoranti, nec male ad istum quoque casum *d. l.* 41. dispositio trahatur: tamen falli in eo Ravardum existimo, quod non nisi ad jusjurandum promissorium jam præstitum *d. legis* 41. decisionem spectare autumavit, *l.* 5. *varior. cap.* 2. Multum interim inter jurisjurandi assertorii suscepti, sed nondum præstiti, & promissorii jam præstiti, vel jam præstiti assertorii, remissionem interest: qui enim needum præstitum sed susceptum remittit, efficit secundum superius dicta, ut omnia eo loco habeantur, quasi illud vere præstitum sit, at cum remittitur, quod jam præstitum est, omnia deinceps eo incipiunt esse loco, quasi nunquam jurisjurandi religio intercessisset; sic ut hac ratione depereat in universum

sacramenti vis, arg. *l. ult. in pr. ff. ad municipalem.*

24. Sed, uti remissio jurisjurandi suscepti pro jurejurando est, ita quoque mortem illius, cui delatum est, præstationis effectum sortiri, tradunt pragmatici; si modo illud sibi delatum jam susceperit, sed mortalitatis interventu præstare impeditus sit: nam si jusjurandum delatum, sibi præstare recusaverit, &, cum propterea condemnatus appellasset, pendente appellatione fato functus sit, magis est, ut non perinde habeatur ac si juratum esset, Christinæus *ad leg. Mechlin. tit* 16. *art.* 4t. *n.* 3. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 42. Mynsingerus *cent.* 1. *obs.* 13. Confer Ant. Fabrum *de error. pragmat. decad.* 19. *error.* 10.

25. Porro tanta tamque potens jurisjurandi ad adversarii delationem aut relationem præstiti efficacia est, ut regulariter post illud non amplius inquiratur, an debeatur; sed magis id unum, an, & quatenus juratum sit, *ff. item si quis* 11. *instit. de action.* §. *eque* 4. *Instit. de except.* sic ut nec appellandi facultas ultra supersit, licet sententia judicis ad hoc jusjurandum subsecuta sit, *l. pen. ff.* 1. & 3. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 23. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 15. *def.* 7. nec propter instrumenta noviter reperta, aut perjurii prætextu, jusjurandum rescindatur, *l.* 1. *C. h. t. de reb. cred. jur. l. admonendi* 31. *in fine ff. h. t. l. quod si, deferente* 21. *ff. de dolo.* Quorum ea ratio est, quod in omni jurisjurandi relatione conventio seu pactio conventa comprehenditur, *l. sed & si servus* 25. *l.* 26. §. *ult. l. tutor* 35. §. 1. *ff. h. tit.* eaque conditionalis, qua actor quidem deferens aut referens promittit, se ab ulteriore persecutione destiturum, si modo reus juraverit, rem suam esse quæ petitur, vel se nihil debere, reus vero deferens, aut referens, se id quod petitur, soluturum vel restituturum spondet, si actor juraverit, rem suam esse, aut sibi deberi; unde & non uno loco dicitur deferri, suscipi, referri, displicere *conditio* jurandi, *l. ait prætor* 3. *d. l. qui jurasse* 26. §. *ult. l. jus.* 34. §. *datur autem* 7. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Quemadmodum ergo in stipulatione pœnali, quæ facti stipulationi subjuncta est, non quæritur, an & quo usque intersit, sed id unum, quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis, propter conventionis potestatem, *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri* 17. *in fine ff. de verbor. obligat.* ita quoque hic in pacto tacite prætorio, actionem in factum producente, id unum inspicitur, an, & quid juratum sit; quippe quo ipsa impleta censetur conditio illa, ex qua vel actoris vel rei obligatio ex conventione suspensa erat. Quo etiam facit *l. si quis cum* 39. *ff. h. t.* Nec est quod quis regerat, pejerantem in dolo esse, eumque sic ei contra jura profuturum. Primo enim illud constat, non semper utique à dolo, sed & non raro ab errore & temeritate quadam perjuria proficisci. Sed & secundo, si doceri evidenter possit, ab initio per dolum malum pejeratum esse, dubium mihi nullum est, quin tunc doli actione vel exceptione consulendum ei sit, qui ex perjurio adversarii doloso damnum passus aut passurus est. Cum enim secundum jam dicta jurisjurandi delatio, aut relatio quandam contineat conventionem seu pactionem conventam conditionalem, & generaliter placuerit, initas dolo malo conventiones aut nullas esse, aut per actionem vel exceptionem doli, aut per judicium bonæ fidei, pro cujusque conventionis natura, oportere infirmari, *leg.* 1. §. 1. *l. & eleganter* 7. *pr.* & §. 3. & *tot. t. ff. de dolo malo,* consequens est, nec perjurium dolosum debere ratum manere. Maxime, si consideres, jurisjurandi hujus & transactionis eandem esse vim, imo jusjurandum transactionis speciem continere, & utrobique fieri causæ decisionem, *l.* 2. *l. admonendi* 31. *in fine ff. h. t.* Si enim illis in casibus, quibus dolus transactioni causam dedit, dum vel fraude adversarii instrumenta suppressa sunt, quibus non suppressis transactio non fuisset subsecuta, vel alia quacunque ratione evidens alterutrius transigentis calumnia detegitur, transactio imperfecta vel saltem infirmanda sit, *l. in summa* 65. §. & *quidem* 1. *ff. de condict. indeb. l. sub. prætextu* 19. *C. de transactio.* quid ni idem dicamus in jurejurando, pari velut passu cum transactionibus ambulante? Unde nec huic nostræ assertioni Ulpianus adversatur, dum negat perjurio postea approbato actionem de dolo dandam esse, quasi religioni standum sit, sufficiatque in pejerantem perjurii pœna, *l. quod si, deferente* 21. *l.* 22. *ff. de dolo,* cum lex illa de iis accipienda sit, qui initio quidem bona fide juraverant, deinde autem, detecto perjurio fraude non carebant, retinentes ea, quæ secundum jusjurandum ipsis soluta erant, arg. *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verb. obligat.* quo casu merito definitum ab Ulpiano fuit, actionem de dolo dandam non esse, *quia per jus transactum videtur, d. l.* 21. Nam & in transactione id receptum est, ut ob dolum postea demum supervenientem haud infirmetur; nec reddi debeant, quæ transactionis nomine accepta sunt, etsi postea probetur, *nullam rem mediam fuisse*, id est, aliam nullam subfuisse transigendi causam, præter litem ab adversario non jure motam, adeoque accipiens, hoc detecto, videatur sciens prudens aliena cum jactura velle locupletari, retinendo ea, quæ perjurio quæsita; si modo ab initio calumnia dolusque desit *d. l.* 65. §. 1. *ff. de condict. indeb.* licet alias vulgo exceptio doli locum etiam habere possit, cum ab initio dolus defuit, si quia postea, cum petit, in dolo sit, *d. l.* 36. *ff. de verbor. oblig.*

26. Ne quis autem usque adeo insolitum esse putet, quod jusjurandum ex delatione aut relatione præstitum viribus careat, sciendum est, aliis quoque modis id fieri posse, ut sua jurijurando non constet auctoritas. Si enim non inspectis testamenti tabulis quis sibi quid legatum esse juraverit, iis vero deinceps inspectis nihil relictum inveniatur, nihil quoque jurans ex suo perjurio, ut bona fide interposito, consequitur, majorque supremæ defunctorum voluntatis, quam jurisjurandi ratio est, *l. ult. C. h. t. de reb. cred. & jur.* idque rursus exemplo transactionis, quam, non inspectis testamenti tabulis, inutilem esse super relictis per testamentum, dictum est, *tit. de transact. num.* 12. Et, si prius actor reo deferente juravit *sibi deberi*, reus deinde actore deferente, *se non debere* jurato affirmet, aut vice versa, posterior causa jurisjurandi potior habebitur, *l. in duobus* 28. §. *ult. ff. h. t.* Idem juris est, si post jusjurandum præstitum controversia oriatur, an juratum sit, & adversarius, delato sibi jurejurando, juratum neget, *l. quod si juravi* 29. *ff. h. t.* Probato quoque

perjurio, ratum non manet jusjurandum, etiamsi bona fide præstitum, quoties in delatione aut relatione hoc specialiter lege adjecta cautum est, ut perjurii prætextu retractari possit, *l.* 1. *C. h. t.* Sed nec jurisjurandi effectum consequetur, qui juravit, deberi sibi rem, quæ jam extincta est; nisi ob antecedentem dolum, culpam aut moram æstimatio debeatur, *l. eum, qui* 30. *§. si juravero* 1. *ff. h. t.* Denique inutile est jusjurandum præstitum, si ab eo, cui jus inde quæsitum, remissum sit, ut supra dictum est *n.* 25.

27. Hactenus de voluntario ac judiciali. Necessarium jusjurandum dico, quod ob defectum probationis, seu in causis dubiis, judex, parte etiam non petente, defert, actori vel reo, *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* quod ab interpretibus *purgatorium* appellari solet, si reo deferatur, ut se purget a suspicionibus contra se natis: *suppletorium vero*, si vel actori deferatur ad supplendas non satis sufficientes intentionis suæ probationes, vel reo ad firmandam suæ exceptionis probationem, per se non modis omnibus plenam ac efficacem. Locus autem est huic delationi in causis civilibus, non criminalibus, quoties criminaliter ad pœnam capitalem aut corporalem (etiam hodierno jure ad infamiam) irrogandam contenditur; quippe in quibus quæstioni ad veritatem indagandam locus est *tit. ff. de quæstion.* & luce meridiana clariores desiderantur probationes, *l. ult. C. de probation.* ac perjurium, atque adeo nova criminis adjectio, merito metuitur, dum creditur, ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit, *arg. l.* 1. *ff. de bonis eor. qui ante sent. morti sibi consc.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 15. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 47. *tit. ult. cap.* 1. *num.* 6. Berlichius *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 29. *num.* 43. & 48. Adde Menochium *de arbitr. judic. libr.* 2. *casu* 464. Langeri orationem, *de controversia utrum reus in delictis sub juris. fide interrogari debeat*, *post tract. de torturis*. Plane, si non nisi ad pœnam pecuniariam tendat criminis persecutio, ut judicialis jurisjurandi delatio aut relatio tunc improbata non est, veluti de furto, rapina, aliisque similibus, secundum ante proposita; ita quoque per judicem in subsidium deferri hoc necessarium, nihil vetat, Ant. Faber *C. de lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. quo fundamento nititur, quod, quoties civiliter agitur ad pœnam pecuniariam actione injuriarum, non purgatorii tantum, sed & suppletorii jurisjurandi delatio arbitrio judicis in praxi probata est, sive quis factum neget, sive animum injuriandi, Neostadius *Cur. Holland. dec.* 57. *in med.* Boerius *decis.* 86. Joh. Papon *lib.* 9. *t.* 6. *arrest.* 10. Jacob. Coren *consil.* 20. *in notis*, Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 29. *num.* 42. Quin &, si ad palinodiam agatur, vix est, ut non idem dicamus (licet aliud in Saxonia servetur), cum nec injuriarum recantatio recantantem ac pœnitentem infamem hodie efficiat, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 65. *num.* 3. *& seqq.* Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 98. Berlichius *d. part.* 1. *conclus.* 29. *num.* 45. *& seqq.* Similiter in causa fraudati census jusjurandum purgatorium ei, qui fraudasse dicitur, sed non satis probatur, imponi a judice moribus nostris constitutum est; si modo quædam suspicionis causa subsit, Jacobus Coren *consil.* 20. imo & ipsis publicanis suppletorium deferri, si quid plenæ probationi fraudationis desit, scripsit Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 37. Quo tamen non facile a judice deveniendum puto, ubi illud Ulpiani consideraverit, neminem scilicet esse, qui nesciat, quantæ audaciæ, quantæque temeritatis, sint publicanorum factiones, edictis compescendæ magis, quam adjuvandæ, *l. quantæ* 12. *ff. de public.*

28. Quia vero Gajus in *d. l.* 31. *ff. h. t.* scripsit, solere sæpe judices *in dubiis causis*, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juravit; orta inter interpretes est disputatio, quando causa censenda sit dubia, ad id, ut judici ad delationem sacramenti procedere liceat: aliis quidem eam solam dubiam esse contendentibus, cum utrimque probatio plena est; aliis etiam tunc, cum aliquid, sed minus plene, probatum est, judicem jusjurandum alterutri tanquam in causa dubia deferre posse existimantibus. Quorum posteriorum sententia, uti quotidiana praxi comprobata est, ita quoque rationi convenientior, nec in Romani juris fundamenta incurrit, ut docet Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 44. Neque enim novum in jure nostro est, ut plura per se non satis perfecta, aut valida, aliunde juventur, sicque adjuta vires majores acquirant; etiam ipsarum probationum intuitu; dum satis aperte rescriptum est, instrumenta domestica, seu privatas testationes, aut adnotationes, aut rationes, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, per se sola ad probationem non sufficere, *l. instrumenta* 5. *l.* 6. *C. de probation.* a contrario ergo, si aliunde adjuta sint, plenam poterunt fidem facere. Nec facile quis inficias iverit, unius tantum testis fide digni depositione interveniente, inopiam quidem probationis esse, sed dubiam nihilominus judici fieri veritatem ejus, quod unus ait, negat alter; cujus hæsitationis tollendæ gratia si deinde judex jusjurandum alterutri detulerit, an non obsecro in *causis dubiis ob inopiam probationum* jusjurandum defert, adeoque id ipsum facit, quod Gajus sæpe solitum fieri oportere Imperatores constituerunt in *l. in bonæ* 3. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Vide, si lubet, latius Vinnium *d. loco*, Fachineum *controvers. lib.* 1. *c.* 18. Hinc, si suam actor intentionem plene probaverit, reus vero exceptionem suam oppositam, veluti solutionis, pacti de non petendo transactionis aut similem uno teste, iniquum non fuerit, jusjurandum alterutri litigantium deferri per judicem super exceptionis objectæ & quadantenus probatæ veritate; eo quod intentio actoris, debitum nempe contractum esse, & allegatio rei de eodem illo debito soluto, pactove ne petatur, inter sese non ita pugnant, quia utrumque possit verum esse, imo reus ipse, solutionem aut pactionem de non petendo proponens, ne negare quidem præcedens verum debitum intelligatur; etsi nec videatur confiteri, arg. *l. non utique* 9. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. eod. tit.* junct. *l. qui tacet* 142. *ff. de reg. juris*. Quod si utrinque plene probatum sit, dum actor intentionem & reus exceptionem docuit testibus duobus fide dignis, aut plenam fidem facientibus instrumentis, veluti solutionem, transactionem, pactionem, de non petendo, non aliæ judicantis partes esse possunt, quam ut omni omissa jurisjurandi delatione, reum simpliciter ab actoris absolvat intentione, arg. *d. l.* 9. *C. de exception. pr. & tot. t. instit. de exception. l.* 1. *ff.*

de exceptione. l. nihil interest 112. *ff. de reg. juris*. Sed si actoris reique probationes ita sibi opposite sint & inter se pugnantes, ut alterutram falsam esse necesse sit, veluti si Mævius instrumento publico probetur Titio stipulanti centum aureos Calendis Januariis Romæ promisisse, idem vero Mævius instrumento simili doceat, se toto illo die alibi fuisse, atque ita Romæ non promisisse; fungo sane persuaseris, non homini, causam hanc ea ratione non maxime dubiam esse judici, incerto prorsus, actorisne an rei documenta falsitate laborent. Cui consequens, ut & hic alterutri jusjurandum deferre possit, & sic secundum eum, qui juravit, judicare. Errant sane, qui pugnantes eo modo probationes utrimque adductas omnibus destitui viribus opinantur. Quin potius, cum alterutram falsam esse necesse sit, id unum ista probationum pugna efficit, ut judex, qui singulis probationibus seorsim consideratis plenam potuisset fidem adhibere, nunc quasi positus in medio incertus plane dubiusque hæreat, quibus magis credendum sit, nullumque tali ambiguitati tollendæ, nisi in solo jurejurando, remedium habeat. Toties enim probationum inopia est, quoties probationes vel ab initio sufficientes non sunt, vel cum initio inspecto sufficientes quidem essent ad plenam judici fidem faciendam, tamen propter alias in contrarium adductas, ac cum prioribus directo pugnantes, desinunt plenam judici fidem facere, Bronchorst *enant. cent.* 1. *assert.* 93. *vers. secundo.* Et quamvis in testamentis aliisque similibus verum sit, eorum, quæ inter se pugnantia sunt, neutrum ratum esse, *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. juris*, atque ita probationes quoque pugnantes ad sententiam secundum eas ferendam efficaces non sint; tamen id non impedit, quo minus harum alterutra jurejurando adjuta firmitatem acquirat. Nec recte hunc casum, quo utrimque plena sed pugnans probatio est, ei comparaverit, quo neque ab actore neque a reo quicquam probatur, quo in casu cessare hujus jurisjurandi delationem, & absolutionem sequi oportere certum est, *l. qui accus.* 4. *C. de edendo*, cum probatione in universum deficiente, causa judici haudquaquam dubia facta sit; contra vero maxime dubia, quando utrimque talia producuntur, quæ seorsim singula plene probant, nec certa judici ratio constat, cur hæc magis, quam illa, vera putet.

29. Positis terminis habilibus, deferri a judice potest hoc jurejurandum non modo petente alterutro vel utroque litigantium, sed & utroque nihil tale desiderante, atque etiam post conclusionem in causa; tum, quia leges hanc delationem stabilientes non distinguunt, ut videri potest in *d. l. admonendi* 31. *ff. h. t. l. in bona fidei* 2. *C. de reb. cred. & jurejur.* tum quia judex interrogationes facere potest, quotiescunque æquitas eum moverit, *l. pen. ff. de interrog. in jure faciendis*, species autem interrogationis esse videtur jurisjurandi delatio, quatenus juraturus rogatur, an vera sint, de quibus jubetur jusjurandum præstare; tum denique, quia secundum juris civilis ac canonici decisionem judicis officium est usque ad sententiam cuncta rimari, ac sedulo perquirere in gestorum veritatem, quo liti secundum justitiam finis imponatur, *l. judices* 9. *C. de judiciis, cap. cum Iohannes* 10. *extra, de fidei instrument.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 16. 17. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 108. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 53. *num.* 41. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 23. *defin.* 1. *&* 9. An vero actori, an reo potius, deferendum sit, providi præcipue ac circumspecti judicis æstimatio est, prout pleniores debilioresve deprehenderit productas probationes, graviores aut leviores præsumptiones pro altero vel contra eum militantes, magis fide dignam actoris vel rei personam. Neque enim satis tutum existimo, definiri simpliciter quæstiones illas, an suppletorium deferendum ei sit, qui unius mulieris, aut unius testis sibi sanguine juncti vel familiaris testimonio probavit illud, de quo quæritur; vel semiplene probavit, sed adversus se militantem habet juris præsumtionem, & quæ sunt alia hujus generis plura. Confer Mynsingerum *cent.* 5. *observ.* 68. Tiraquellum *de leg. Connubial. ad l.* 9. *gloss.* 1. *part.* 9. *n.* 73. 74. Busium *de offic. judicis cap.* 4. *num.* 30. 31. Fachineum *libr.* 1. *controvers. cap.* 18. Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 71. *cap.* 1. *n.* 11. 12. 13. 14. Carpzovium *def. for. part.* 1. *constit.* 23. *defin.* 3. 4. 5. *& seqq.* Plures certe causas, & casus, quibus vulgo traditur, suppletorium non oportere jusjurandum deferri, recenset Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 44. Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 54. inter quos & ille est, si præscriptio per eum, qui illam allegat, semiplene probata sit, Faber *d. defin.* 44. *num.* 11. Berlichius *d. conclus.* 54. *num.* 42. 43. Si certus testium numerus, aut scriptura, per modum solemnitatis ad actum aliquem per leges aut mores desideretur, & quid in actu gesto, veluti testamento, desit, arg. *l. si unus* 12. *C. de testam.* Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 44. *in med.* Berlichius *d. conclus.* 54. *num.* 54. 55. 56. aut si de consuetudine probanda laboretur; ut dixi *tit. de legibus n.* 33. Idemque nolunt, si de consanguinitate probanda agatur, cum inter duos, quasi defuncto proximos de legitima hereditate quæstio est, Leeuwen *cent. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n. ult. in fine.*

30. Quicquid autem ejus rei sit, illud expeditum est, tunc, cum a judice defertur litigantium alterutri jusjurandum, id ea esse præstandum forma, quam judex detulit, arg. *l. ait prætor* 3. *§. ult. l. jusjurandum* 34. *§. pen. ff. h. t.* præsente, aut citata saltem adversa parte, arg. *l. generaliter* 12. *§. hic de his versu licentia danda C. h. t. l. judices* 18. *C. de fide instrum.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 6. *in fine*, Merula *praxi libr.* 4. *tit.* 71. *cap.* 3. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 176. sic ut relatio jurisjurandi hic locum non inveniat, sed omnino is, cui id delatum est, præstare teneatur, alioquin interveniente judicis deferentis sententia casurus illo jure, quod obtinuisset, si jurasset secundum delationem. Cum enim jusjurandum hoc necessarium præstitum probationis instar sit, & perinde habeatur quod juratum est, atque si probatum esset, ac propterea judex secundum eum, qui juravit, judicare jubeatur, *l. admonendi* 31. *ff. h. t. l. sed si possessori* 11. *§. si, cum* 3. *ff. h. t.* consequens e contrario est, contra eum, qui jurare detrectaverit, judicandum esse. Quod & cautum decreto Curiæ Hollandicæ 28. Martii 1588. *vol.* 2. *placitor. Hollan. pag.* 1427. Nec iis, quæ de hoc jurejurando non referendo dixi, repugnat *l. generaliter* 12. *§. sed juramento* 1. *C. h. t. de reb. cred. & jurej.* Etenim diffiteri quidem non

possumus, obscuriora, & intricata esse verba textus illius, ac de necessario quoque jurejurando sermonem illic esse: sed tam nihil vetat, ea, quæ de relatione ibi traduntur, restringere ad jusjurandum illud, quod a parte parti delatum est; sic ut præstatio quidem jusjurandi ibidem proposita omni jurijurando communis sit, relatio vero propria solius istius quod a parte illatum est; tum quia relatio non recte fit, nisi inferenti; tum quia ratio in *d. l.* 12. §. 1. proposita, quod nempe *ferendus non sit, ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda procuravit*, non quadrat satis in omnes jurisjurandi species, sed tantum in id, quod a parte illatum est; quippe quod faciendum pars procuravit, non item illud, quod judex detulit, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *c.* 43. *post med.* Interim a sententia, post delationem jurisjurandi a judice factam lata, appellandi facultas ei superest, qui succubuit, dum vel ipse jurare secundum judicis præscriptum recusavit, vel contra eum ab adversario ex judicis delatione juratum fuit; eo quod hoc jusjurandum transactionis speciem non continet, *d. l. generaliter* 12. §. *sin autem* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* junct. *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 15. *defin.* 8. Quo fundamento etiam nititur, quod jure hujus jurisjurandi rescissio petitur, ut ex integro causa agatur, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus est, *d. l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Etsi enim alias sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, *l. Imperatores* 35. *ff. de re judic.* jure tamen singulari contrarium placuit, quoties ex jurejurando necessario sententia lata est, eo quod illud non nisi subsidiariam probationem facit, aliis demum ordinariis probationibus deficientibus admittendam: ut proinde nec mirum sit, si, ordinariis aliis deinceps apparentibus, hoc fidem perdat, illisque cedat.

31. Etsi autem moribus hodiernis jurisjurandi voluntarii, seu extra judicium adversario delati, nulla vis sit, ac perinde habeatur, ac si quis jurasset, nomine ei jusjurandum deferente, quod jure Romano prætor non tuebatur, *l. ait prætor* 3. *pr. ff. h. t.* & id, quod in judicio defertur parti ab adversario, nec præstari nec referri debeat, sed recusari possit sine turpitudinis manifestæ nota, donec judex decreverit illud præstandum aut referendum esse, atque adeo probaverit delationem, Hugo Grotius *manud. ad jurii. Holl. lib.* 3. *c.* 50. *n.* 5. Groenewegen ad *l.* 28. §. *ult. ff. h. t. n. ult.* Leeuwen *cent. for. p.* 1. *lib.* 1. *c.* 29. *n.* 32. *in fine*, crudius tamen sentire videtur idem Groenewegen ad *l.* 12. *ff.* 1. *C. h. t.* cum nullum in praxi nisi necessarium jusjurandum, nunc notum esse arbitratur; ideoque & appellationem admittit a sententia lata ex jurejurando per partem parti delato vel relato ex judicis comprobatione, & propter instrumenta noviter reperta rescissionem. Tametsi enim haud negaverim, transactionis calumniosæ exemplo perjurium quoque dolosum rescindi posse, impetrato in id a Principe, vel Curia suprema, restitutionis auxilio, ut supra dictum est: tamen dolo in pejerante non probato, vix est, ut rescissionem impetret, qui ipse deferendo probavit jurandi conditionem. Cum ex adverso id, quod solius judicis voluntate delatum est, etiam non probato dolo pejerantis, facilem recipiat ob instrumenta noviter reperta infirmationem; dum is, cui nocuit perjurium, videri non potest comprobasse hoc in casu conditionem jurandi, aut per eam transegisse.

32. Perjurium interim Romani non prorsus impunitum prætermiserunt, etsi judicaverint contemtam jurisjurandi religionem satis Deum ultorem habere, *l.* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* junct. *l. nam sufficit* 22. *ff. de dolo*, nam & infamia perjuros notatos legimus, *l. si quis major* 31. *C. de transact.* & extra ordinem verberatos, criminis falsi ac stellionatus reos postulatos, atque ad damnum perjurio aliis illatum reparandum condemnatos, *l. ult. ff. stellionatus*, *l. qui falsa* 13. *C. de testibus*, *l. si duo* 13. §. *ult. ff. h. t.* Confer Ravardum *lib.* 2. *var. c.* 3. Besoldum *in delibatis juris ad pand. h. t. n.* 7. Ex moribus hodiernis non infrequens amputatio digiti aut digitorum primorum, quibus in cœlum elevatis perjurium præstitum; frequentior arbitraria coercitio. Vide Groenewegen ad *l.* 2. *C. de reb. cred. & jurejur. n.* 6. *& seqq.* Ant. Matthæum *de criminib. libr.* 47. *tit. ult. cap.* 2. Quibus tamen pœnis afficiendus non videtur, qui ad pejerandum quidem sese paratum professus est; sed necdum re ipsa jusjurandum præstitit; eo quod non nisi in gravissimis quibusdam criminibus jure Romano obtinuit, ac vix unquam hodie obtinet, tentatum crimen eodem modo, quo perfectum, puniri. Uti nec, qui non dolo malo, sed errore quodam perjurium præstitit; cum vulgo traditum sit, affectum distinguere maleficia: sed potius utroque in casu mitior quædam arbitrio judicis coercitio imponenda. Porestque illa bona fides jurantis præsumi ex lucro exiguo inde sperato, spontanea lucri post compertum errorem redditione, moribus, facultatibus, & vita anteacta jurantis, Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 325. & 328. *& part.* 4. *consil.* 355.

TITULUS III.

De in Litem Jurando.

SUMMARIA.

1. *Jusjurandum in litem duplex est, aliud veritatis, aliud affectionis. Probatur, notum esse jusjurandum veritatis. In quibus actionibus, & in quibus rebus, ac ex quibus causis, locum habeat: quid juris, si is, cui judex id detulit, jurare nolit?*
2. *Quid sit jusjurandum in litem affectionis? locum ei non est ob culpam levem.*
3. *Defertur a solo judice; actori domino, vel qui suo nomine litem est contestatus. An & tutoribus in causa pupilli? an non matri, si ea tutrix sit? An & heredibus? Quid si is, cui defertur, jurare declinet?*
4. *Juratur contra eum, qui non dolo non restituit aut exhibet. An contra heredem ejus; & quid si ipse heres dolum fecerit; An & contra fidejussores?*
5. *Defertur in judiciis bonæ fidei & arbitrariis in rem aut in personam, quibus de restituendo aut exhibendo agitur, non in iis, quibus de tradendo, vel de sola indemnitate agitur: nec in strictis juris actionibus.*
6. *In infinitum jurari potest. An judex possit taxa-*

tionem adjicere? an in minus damnare, quam juratum? an post sententiam æstimationis eandem minuere?

7. *An ei, contra quem juratum, actiones cedendæ sint?*
8. *An, & quo usque moribus nostris jusjurandum in litem locum habeat?*

1. Jusjurandum in litem generaliter consideratum est, quo propter dolum aut culpam adversarii non restituentis, aut exhibentis, aut solventis, aliquis rem suam aut sibi debitam æstimat. Et vel veritatis est, vel affectionis. Veritatis jusjurandum in litem dicitur, quod a judice defertur actori, si res in judiciis bonæ fidei, stricti juris, & arbitrariis non restituatur vel exhibeatur culpa adversarii; aut etiam dolo in judiciis stricti juris perierit deteriorve facta sit, aut non solvatur, reddatur, exhibeaturve. Eoque res æstimanda ex communi hominum opinione, quanti vere est, seu quanti vere interest actoris: ac præstari solet non a dominis tantum, sed & ab aliis, qui domini non sunt, veluti patronis, quorum in fraudem res a libertis alienatæ sunt, Flaviana vel Calvisiana actione revocandæ, *l. tenetur* 5. §. 1. *ff. si quid in fraud. patroni*, uti & illis, quibus mora facta est ratione rei ex stipulatu vel alia simili causa debitæ, ac inter moram peremtæ, *l. in actionibus* 5. §. *ult. ff. h. t.* etiamsi fungibilis forte res esset, adeoque ipsa etiam numerata pecunia, quoties de eo quis jurat, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse, *l. nummis* 3. *ff. h. t.* vel de impensis litis victori reddendis quæstio est, nec præcise de erogatis constat; in quantum tunc victor, post præmissam judicis taxationem, definit jurejurando suo impendiorum quantitatem, *nov.* 82. *cap. oportet* 10. Denique & in furti actione, dum is, qui furtum passus est, jurat, *rem tanti fuisse cum furtum fieret;* ut ita æstimationis istius duplum aut quadruplum actione furti consequatur, *l. cum furti* 9. *ff. h. t.* Neque id negat *l. in furti* 50. *ff. de furtis*, quippe quæ tantum excludit æstimationem affectionis aut ejus quod interest, verumque rei pretium vult duplicari aut quadruplicari. Si tamen deferente judice actor jurare declinet, (forte perquam timidus metu divini numinis usque ad superstitionem; juxta *l. quæ sub conditione* 8. *ff. de condit. Instit.*) ipse judex æstimabit, arg. *l. quod si possessor* 71. *ff. de rei vindicat.* imo, si judex satis commode æstimationem facere possit, non recte huc veritatis jusjurandum in litem actori defert, *l. videamus* 4. §. *ult. l.* 5. §. *ult.* junct. 6. *ff. h. t.* Frustra vero Wissenbachius est qui *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 24. *n.* 44. hoc veritatis jusjurandum in litem dari negat, quia *jusjurandum in litem* & *quanti ea res est* in jure opponuntur, ut non possit jusjurandum veritatis sub jurejurando in litem contineri, *l. tutor.* 8. *ff. h. t. l. is, qui* 2. *C. h. t.* Etenim novum non est, ea, quæ sibi invicem opposita sunt, tamen sub eodem genere, nomen unius speciei habente, contineri, uti id in adrogatione & adoptione, cognatione & agnatione, sub uno adoptionis & cognationis genere comprehensis constat: idemque hic obtinet, dum jusjurandum in litem affectionis, simpliciter positum nomine *jurisjurandi in litem*, continetur una cum jurejurando, quo definitur *quanti res est*, sub jurejurando in litem generalius accepto.

2. Affectionis jusjurandum in litem est, cum ob dolum (sub quo & lata culpa continetur) aut contumacia adversarii non restituentis res in judicium deducta æstimatur ab actore ultra verum rei pretium, pro singulari in rem affectione, *l.* 1. *l. tutor. rem* 8. *ff. h. t. l. is, qui rationem* 2. *C. h. t. l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic.* junct. *l. si servum meum* 33. *ff. ad leg. Aquil.* Iniquum enim visum fuit, dominum sine facto suo, aliena malitia privari dominio rei suæ, & non consequi ultra verum pretium rerum illarum, in quas peculiaris potest cadere affectio, quasque apud alium existentes magno redemturus esset, ut a se possessas non nisi plurimi fuisset venditurus, *l. nec quasi* 70. *& seqq. ff. de rei vindic. leg. si filiusfamilias* 25. §. 1. *ff. soluto matrimon.* Ob levem plane culpam huic jurijurando locus non est; quippe quo casu judex potius ipse rem æstimat, vel jusjurandum in litem veritatis defert, *l. videamus* 4. §. *ult. l.* 5. 7. *sed in his* 3. *ff. h. t.* Tutorem nonnulli excipiunt, contra quem, inventarium aut instrumenta alia pupillaria non exhibentem, ex levi quoque culpa in litem jurari putant ex *l. pen. C. h. t.* sed forte rectius sentiunt, qui statuunt, *in d. l. pen.* non culpæ intuitu differentiam poni inter tutorem heredemque ejus; sed magis in eo, quod contra heredem tutoris non alias in litem juratur, quam si constiterit, reperta per eum fuisse instrumenta in hereditate, eaque dolo malo ejus non exhiberi; dum ex adverso contra tutorem hoc jusjurandum omni modo locum sibi vindicat, quoties ille inventarium ceteraque instrumenta non profert dolo malo, sive habeat, sive habuerit & dolo possidere desierit, sive numquam habuerit, dum forte repertorium rerum ad pupillos pertinentium numquam fecit, juxta *l. tutor, qui repertorium* 7. *pr. ff. de adm. & peric. tutor.*

3. Defert hoc jusjurandum non adversarius, sed judex, quoties id æquum arbitratur: neque enim necessitas deferendi in judice est, cui licitum fuit ab initio non deferre, *l. in actionibus* 5. §. 1. *ff. h. t.* licet ex parte ejus cui defertur, quædam necessitas juris in hoc jurejurando proponatur, *l. ult. ff. h. t.* in quantum, si non juraverit, sæpe in latente aliquo damno hæreret, quod judici ignotum judex æstimare nequit. Alius præter judicem si detulerit, vel sine delatione juratum sit, nulla est religio, nec ullum jusjurandum, *l. videamus* 4. §. *deferre* 1. *ff. h. t.* Defertur vero actori, qui dominus est, vel saltem suo nomine litem est contestatus, *l. vulgo* 7. *ff. h. t.* quia præcipua hujus jurisjurandi ratio in eo est, quod iniquum videatur, dominum invitum re sua carere dolo atque malitia adversarii, nudo rei pretio recepto, ut supra monitum. Non tamen recte defertur impuberi: puberi omnino; uti & tutori impuberis, quatenus ratum erit, quod ille juraverit; licet pupillo non teneatur actione tutelæ quasi propter neglecta pupilli commoda, si jurare detrectet; cum grave videatur, & ignorantes & invitos tutores, sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire, *l. videamus* 4. *pr. ff. h. t.* Neque his contrarium est, quod dictum fuit, illis solis jusjurandum deferri, qui domini litis sunt, aut saltem suo nomine litem contestati, *l.* 7. *ff. h. t.* etenim, ut manifestior evadat legis illius sententia, per *litis dominos* illic denotantur illi, ad quos lis illa pertinet, sive

per se, sive per procuratores in lite substiterint, eo sensu, quo *dominus litis praesens* in judicio sui procuratoris personam confirmare dicitur, *§. sin autem* 3. *Inst. de satisdat.* idque ad exclusionem procuratorum, qui, licet litis contestatione *litis domini* fiant, *l. procurator.* 22. *l.* 23. *C. de proc.* tamen non suo sed domini mandantis nomine litem contestantur: unde Ulpianus in *d. l.* 7. ut omnem tolleret verborum priorum ambiguitatem, magisque planum redderet, per *litis dominos* non designari procuratores, ex Papiniano subnectit, *alium non posse jurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est*. Sub his autem, qui litem suo nomine contestati sunt, etiam tutores hic comprehensos existimem; quippe qui etsi rerum alienarum administratores sint, tamen actionem pro pupillis instituentes, eo in plerisque loco habentur, ac si pro se, propriaque in causa, litem moverent, & domini essent, *l. qui secundum* 7. *§. si tutor.* 3. *ff. pro emtore* quo modo & in alis juris partibus, in quibus, lite per procuratorem agitata, jubetur ipse dominus jurare, nec procurator ad jurandum admittitur, tutores tamen & curatores, tamquam domini, admittuntur, *l. quoties* 21. *§. si tutor* 5. *ff. de noxal. action.* ac de illis, uti de quovis alio actore dicitur, eos vel per se vel per alium litem inferre, idemque, quod in litis dominis obtinet, in tutoribus quoque ac curatoribus, adversario pupillorum litem per alios inferentibus, observandum esse, *d. §.* 3. *Inst. de satisdation.* Plane matri pupillorum jusjurandum in litem affectionis pro suis pupillis praestare volenti, id permittendum non est, *d. l.* 4. *pr. ff. h. t.* non alia, ut opinor ratione, quam quia impotente erga liberos amore ducta, ultra justam affectionem juratura creditur, quo liberis prosit; etsi illa displiceat, sed sine causa, Antonio Fabro *in rational. ad l.* 4. *ff. h. t.* Qui ideo eum aliis excipit quidem, nisi mater tutrix sit; sed fundamento minus stabili; tum quia impositum matri tutelae munus non efficit, quo minus mater maneat, adeoque perduret ratio, quaecumque illa fuerit, quae matrem pro pupillis ab hoc jurejurando summovit depellendam; tum quia lex non distinguit; ac denique vix est, ut de jurejurando in litem matri in causa pupillorum deferendo quaestio esse possit, nisi liberorum suorum tutrix sit; cum mater alienam, adeoque & filii sui impuberis defensionem suscipere prohibeatur, de jubeatur magis filio suo tutorem petere, *l. alien.* 18. *C. de procurator.* Quibus etiam consequens est, perperam Ant. Fabrum *d. loco*, rationem, cur mater jurare volens admittenda non sit, in eo ponere, quia pro liberis suis impuberibus in judicio stare nequit. Nam, cum jusjurandum hoc demum post plenam causae disceptationem ac cognitionem judiciali deferatur sententia, ineptum fuerit, aut dubitare, aut quaerere de eo, an matri, quae, nisi tutrix sit in lite pupillari assistere neutiquam, aut nota esse potuit, quaeque nec suo nec procuratorio nomine litem contestari, hoc jusjurandum in ipso litis fine deferendum sit. Haeredi ejus, cui hoc potuisset deferri jusjurandum, quo minus a judice idem quoque deferatur, tamquam ex jure hereditatis domino facto, nihil vetat; dummodo non de defuncti, sed de sua affectione juret. Quod si is, cui a judice delatum est, jurare recuset, judicis tunc est qualitercunque secundum rei veritatem, prout religioni ipsius aequum videbitur, statuere rei aestimationem, *l. quod si possess.* 71. *ff. de rei vind.*

4. Juratur in litem ex affectione adversus eum, qui dolo malo aut contumacia non facit restitutionem rei, aut exhibitionem; non contra heredes contumacia dolove defuncti; eo quod hoc jusjurandum contumaciae poenam continet, *l. tutor* 8. *ff. h. t. l. ult. ff. de fidejussoribus*, in poenam autem haeres non succedit, *l. pen. ff. de operis novi nunciatione*, nisi lis cum defuncto contestata sit, *l. alio jure* 4. *C. h. t.* Quin tamen ob proprium heredis dolum aut culpam latam, propriamve contumaciam, adversus eum possit in litem jurari, dubium non est, *l. l.* 1. 2. 3. 4. 5. *C. h. t. l. cum ostendimus* 4. *ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tutor.* Idemque servatur in fidejussoribus, contra quos ex dolo quidem proprio in litem jurari potest, ex dolo vero ejus, pro quo fidejusserunt, non ultra verum rei pretium condemnatio it; nec delicti alieni poenam praestent, *l. ult. ff. de fidejuss.*

5. Locum habet hoc jusjurandum in omnibus judiciis bonae fidei & arbitrariis, in quibus de restituendo aut exhibendo agitur, sive in rem sive in personam sint, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat. l. sive nostrum* 2. *l. in actionibus* 5. *ff. h. t.* veluti, rei vindicatione, *d. l.* 68. confessoria & negatoria, *l. harum actionum* 7. *in fine ff. si servitus vind.* ad exhibendum, *l.* 2. *l. in actionibus* 5. *ff. h. t.* depositi, *l. ei, apud quem* 5. *ff. depositi*, commodati, *l. sed mihi* 3. *§. in hac* 2. *ff. commodati*, tutelae, *l. tutor* 8. *ff. h. t.* hypothecaria, *l. si fundus*, 16. *§. in vindicatione* 3. *ff. de pignor. & hypoth.* de dolo, *l. arbitrio* 18. *ff. de dolo*, actione rei uxoriae, seu ex stipulatu, pro dote recuperanda, *l. si filiusfamilias* 25. *§. maritum* 1. *ff. soluto matrimonio*. Non item in iis, quibus non de restituendo vel exhibendo, sed tantum detrahendo agitur vel de sola indemnitate; quod evenit in emti actione, & contrariis commodati, depositi, similibusque judiciis, *d. l. ei, apud quem* 5. *ff. depositi*, nec denique in stricti juris actionibus; quippe in quibus, si judex aestimare satis commode non possit, ad solum veritatis jusjurandum secundum ea, quae in principio hujus tituli dicta, confugiendum est, arg. *l. in actionib.* 5. *pr. & §. ult. l. 6. ff. h. t.*

6. Jurari vero potest hic in infinitum, sine ulla juris taxatione; ut tamen officio judicis incongruum non sit, tunc, cum illud defert, refrenare jusjurandum, & taxationem adjicere, intra quam juretur, ne, arrepta occasione, in immensum alioquin res aestimetur, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic. l. arbitrio* 18. *ff. de dolo*, *l. videamus* 4. *§. jurare* 2. *l. in actionibus* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* Quin imo, etsi de perjurio in hac jurisjurandi specie non facile quaeri solear, *l. ult. ff. h. t.* tamen ex magna causa potest judex, qui detulit, illud praestitum non sequi; sed vel prorsus absolvere reum, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est, praecipue repertis postea probationibus, quibus innotescit, vel reum non desisse dolo malo possidere, vel actorem non esse, vel non in totum esse dominum, *d. l. videamus* 4. *§. item* 3. *ff. h. t.* Nec obstat *nov.* 82. *cap. oportet* 10. cum ibi de jurejurando veritatis quo declarantur impensae litis, agatur. Vinnius *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 45. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 24. *num.*

48. Si tamen per sententiam judicis semel probata fuerit æstimatio jurejurando definita, minui deinceps amplius non potest per judicem; quippe cujus officium tunc finitum est, *l. summa* 3. *C. h. t.* arg. *l. quod jussit.* 14. *ff. de re judic. l. si fundus* 16. §. *si pluris* 6. *ff. de pignor. & hypoth.*

7. An autem ei, contra quem juratum est, actiones cedendæ sint, & alia similia, jam ante in *t. de petit. hered. & de rer. vindic.* tractata sunt.

8. Sed nostris & aliorum moribus hoc jusjurandum in litem affectionis vix amplius obtinet; & solent plerumque judices id quod interest ex bono & æquo ipsi dijudicare atque statuere, nisi ob ignoratas negotii circumstantias id ipsis possibile vix sit; quo casu vel præmissa taxatione, jusjurandum convenienter juri Romano etiamnum deferri potest, Groenewegen *de leg. abr. ad Pand. h. t.* Sim. van Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 5. *n.* 2. *& seqq.* vel etiam actori simpliciter permitti, ut ipse suum interesse declaret, ac firmet jurejurando, ut in id condemnatio sequatur; maxime, si reus sit contumax, nec sese sistat; nam si sui copiam faciat, judices potius ei dant facultatem contradicendi declarationi actoris, ut deinceps examinatis omnibus reus ex bono & æquo in certam condemnetur quantitatem, plerumque petita minorem, *Appendix decision. post resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 12. *&* 13.

TITULUS IV.

De Condictione causa data causa non secuta.

SUMMARIA.

1. *Condictio causa data &c. non datur occasione contractus* facio, ut, *vel* ne des aut facias; *nec respectu datorum ob causam præteritam, vel ob futuram sed in mente retentam; nec ex vero sed quasi ex contractu descendit.*
2. *Quid sit hac actio; contra quos, & ad quid detur?*
3. *Sub datione an & acceptilatio contineatur? & an hac conditione uti possit, qui alium ob causam futuram liberaverat per acceptilationem; distinctione explicatur.*
4. *Conditio hæc quando detur vel non? sed ubi huic necdum locus est, intentari tamen potest condictio ex capite pœnitentiæ. Quæ & tunc datur, cum res, quæ vicissim danda, vel circa quam quid faciendum, casu periit, re adhuc integra; transitque pœnitendi potestas ad dantis heredes.*
5. *Quando res intelligatur integra, quando non?*
6. *Moribus cessat licentia pœnitendi; in ceteris superest usus condictionis causa data.*
7. *An repeti possit, quod datum ob causam futuram, sed impossibilem natura vel moribus?*
8. *An repeti possit causa non secuta, quod datum est ob causam, solius accipientis commodum concernente, veluti, ut vestem sibi paret?*

1. Condictio causa data causa non secuta nascitur quidem occasione contractus innominati *do ut des*, vel *do ut facias*, uti & *do ne facias*, *l. dedi tibi* 3. *pr. &* §. 1. *ff. h. t. l. ea lege* 3. *C. h. t. de Condict. ob causam datorum*, non tamen ratione contractus *facio ut des*, vel *facio ut facias*, vel *facio ne facias*, eo quod facta naturali ratione repeti nequeunt, nec id, quod factum est, infectum fieri, *l. naturali* 5. §. *quod si faciam* 3. *leg. pen. ff. de præscriptis verbis*. Nec intuitu eorum, quæ data sunt ob causam præteritam; quippe quæ non repetuntur, etiamsi causa, ob quam data, falsa appareat, *l. damus* 52. *ff. de condict. indeb.* eo modo quo & falsa causa legatum non vitiat, §. *longe magis* 31. *Instit. de legatis*, nisi probetur alias daturus aut legaturus non fuisse, *l. cum tale* 72. §. *falsam causam* 6. *ff. de condit. & demonstra*. Multoque minus respectu eorum, quæ ob causam futuram quidem, sed in mente retentam, data; cum cogitationis in jure nostri uti pœna nulla, ita nec alia vis sit, ac propositum in mente retentum nihil operetur, *l. dedi tibi* 3. §. *sed si servus* 7. *ff. h. t. l. cum ancillam* 6. *leg. si repetendi* 7. *Cod h. t.* Denique nec ex vero, sed magis quasi ex contractu eandem oriri, dicendum profecto est; duo namque in contractibus innominatis do, ut des vel do ut facias agi videntur; alterum expressè, ut nempe vici sim detur vel fiat, quæ conventio contractum innominatum facit, ac parit præscriptis verbis actionem, ad id ut vicissim detur vel fiat, adeoque implementum contractus sequatur aut alioquin ad id quod interest condemnetur, qui fidem conventionis præstare recusat: alterum tacite, ut, si non detur aut fiat, de quo convenit, liceat datum repetere; ex qua tacita conventione extra id quod expresse actum fuit cum proprie competat hæc condictio ob causam datorum, eam etiam ex quasi contractu magis, quam vero descendere, consequens fuit, arg. *l. is, qui commodatum* 13. §. *ult. in fin. ff. commodati*. Vinnius *select. quæsti lib.* 1. *cap.* 41. *in pr.*

2. Est ergo condictio hæc personalis actio stricti juris qua is, qui ob causam futuram quid dedit, (vel etiam is, cujus nomine datum est, *l. qui se debere* 7. *l. si donaturus* 9. *ff. h. t.*) heresve eius, ab eo, qui accepit, heredeque ejus petit datorum restitutionem, quia ea causa secuta non est, una cum accessionibus, & fructibus, etiam ante litem contestatam perceptis: eo quod hæc actio iis annumerata est, quibus repetitur id quod nostrum ante fuit, *l. qui se* 7. §. *ult. l. cum quis mortis* 12. §. *seqq. ff. de usuris*, non item cum usuris, secundum propriam negotiorum stricti juris naturam, arg. *l.* 4, *C. de condict. indeb.*

3. Dationis tamen appellatio paulo latius hic accipitur, ut & acceptilationem in se contineat, ac proinde hæc actio in eum quoque detur, qui acceptilatione liberatus est, ut ipse vicissim qui daret aut faceret, si datio aut factum non sequatur. Qua ratione si mulier ei, cui nuptura erat cum dotem dare vellet pecuniam, quæ sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiæ insecutæ sunt, recte ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem, pervenerit, *l. si quis accepto* 4. *l. si mulier* 10. *ff. h. t.* quibus contradicere videtur Papinianus in *l. ob eam causam* 9. *ff. de præscriptis verbis*; aiens, *accepto liberatum ob eam causam, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione teneri; judicitque officio non veterem obligationem restaurari, sed promissa præstari, aut sequi condemnationem*. Sed ut difficultatis extricatio fiat,

observandum est, acceptilationem vel ut factum considerari possit, vel ut solutionem imaginariam adeoque fictam dationem. Si potissimum ut factum consideretur, ex quo ipso jure liberatio contigit, effici officio judicis non potuit, ut factum infectum fieret, & vetus obligatio instauraretur, sed tantum contractus innominati facio ut facias implementum desiderandum fuit, aut id quod secundum ante dicta conditioni causa data causa non secuta locus esse non potuit in contractibus innominatis a facto incipientibus, in illis solis, qui a datione initium habent: & de hac acceptilatione, tamquam naturale factum continente, accipiendus in *d. l.* 9. Papinianus. Sin magis in acceptilatione imaginariam solutionem spectes, atque ita in ea, ob causam futuram facta, fictam concipias traditionem, dum, debitor ex causa prioris debiti pecuniam numerasse fingitur, ac rursus ob novam causam futuram a creditore eandem recepisse, *sic ut nihil intersit, utrum ex numeratione pecuniæ ad eum sine causa, an per acceptilationem, pervenerit*, secundum verba Javoleni in *d. l.* 10. *ff. h. t.* & accepisse etiam intelligatur, qui obligatione liberatus est, *l. si quis obligatione* 115. *ff. de regul. juris*, condictionem ob causam datorum concedi necesse fuit, tamquam in contractu innominato a datione initium habente, ac pœnitentiam recipiente: ita tamen, ut acceptilatio nec hoc in casu resolvenda fuerit, sed per eam solutio & obligationis dissolutio valide facta intelligatur nummique novam ob causam futuram fingantur de novo numerati; quæ causa cum deinde secuta non esset, non ad obligationis instaurationem, sed pecuniæ solius repetitionem, actio danda fuit.

4. Causa autem non sequitur, vel quia alter præstare, quod promisit, non vult, vel quia non potest. Si præstare noluerit, non dubium, quin condictioni huic locus sit, si modo conditio, quæ forte adjecta est, jam extiterit, vel elapsum sit tempus dationi vel facto præfixum: ut tamen etiam ante temporis lapsum vel existentiam conditionis pœnitentia ex parte ejus, qui dederat ob causam, admittenda sit, ac ex capite pœnitentiæ condictio indulgenda, *l. dedi tibi* 5. *§. quid, si ita* 3. *ff. h. t.* eo excepto, quod pœnitentia dotis ac matrimonii ac favore reprobata fuit, si dos ob matrimonium futurum sponsæ nomine interim data fuerit quamdiu illud separatur ac sequi potest, *l. quod Servius* 8. *ff. h. t.* uti &, si ex causa transactionis quid datum fuerit, *ne ad judicem eatur*, quamdiu eo itum non est, *l. dedi tibi* 3. *princ. ff. h. t.* Si vero præstari causa non possit, nec stet per debitorem, hæc quidem cessat condictio ob causam datorum; sed tamen & hic ex capite pœnitentiæ condici posse data obtinuit, etiam sæpe post interitum rei, quæ vicissim danda, vel circa quam aliquid faciendum erat quamdiu res etiamnum integra est, *d. l.* 5. *si pecuniam* 5. *p.* & *§.* 1. 2. *l. ult. ff. h. t.* adeo ut ad heredes dantis etiam transitura videatur pœnitendi facultas, cum heres in omne defuncti jus succedat, ejusdemque cum defuncto potestatis sit, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. heredem ejusdem* 59. *ff. de regul. juris*, & hæc pœnitendi licentia non ad pœnam sed ad rei persecutionem pertineat, nec ex quadam pactione personali, personam haud paciscentis egrediente, sed ex natura communi hujusmodi contractuum innominatorum originem trahat, ac ex persona heredum conditio obligationis non queat immutari, arg. *l. stipulationum* 2. *§. ex his* 2. *ff. de verbor. obligat.* Neque obstat argumentum a donatione ob ingratitudinem per heredes donantis haud revocanda petitum, *l. his solis* 7. *post med. l. ult. C. de revocand. donation.* cum illic de injuriæ illata persecutione ac vindicta quæstio sit, ac manifestum, injuriarum actionem nec in heredes dari, nec tribui heredi, *§.* 1. *Instit. de perpet. & temporal. act.* junct. *d. l.* 7. *C. de revoc. donat.* in verbis, *ut vindicationis tantum habeat effectus*. Minus adversatur *l. locatio* 4. *ff. de servis exportandis*, eo quod utrobique diversi casus sunt; & in lege quidem quarta ff. locati pœnitendi potestas ex speciali pacto, præter ordinariam locationis naturam, permissa fuit locatori, heredi autem ejus frustra permittebatur, cui morte locatoris locatio sublata erat, *d. l.* 4. in lege autem tertia de servis exportandis minus juvanda fuit pœnitentia in præjudicium libertatis, rei admodum favorabilis, quo factum, ut ad heredes porrigendum non fuerit pœnitendi jus.

5. Integra vero in hac materia res intelligitur etiam cum res vicissim danda, cujusve intuitu quid faciendum, casu tali periit, quo etsi contractus innominatus fuisset peritura, atque ita dominus idem futuisset damnum passurus: veluti, si morbo extinctum ponamus servum ob præcedentem dationem manumittendum, quem dominus, deficiente contractu hoc innominato, non fuisset distracturus. Secus quam obtineret, si is, qui accepit, contractus hujus occasione damnum passus sit, dum forte accipiens ea lege, ut servum manumittat, expediendæ manumissionis gratia cum servo ad præsidem profectus fuit, ac vel a latronibus servus interfectus est, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel aliquo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur, *l. si pecuniam* 5. *§. ult. ff. h. t.* Idemque est, si quis pecuniam acceperit, ut Capuam iret, & valetudine vel tempestate proficisci impediatur, cum jam sumtum ad profectionem necessarium eo usque fecisset, ut manifestum esset, eum aut tantum, quantum acceperat, aut amplius erogasse, *d. l.* 5. *pr. ff. h. t.* Quid quod nec integra amplius videri res possit, si mortuus sit servus ob rem datam manumittendus, antequam potuit commode manumitti, sic ut nullam dominus moram fecerit, ac probet, se servum alias medio tempore fuisse distracturum quem nunc propter hoc non distraxit, quia, ut eum manumitteret, rem accepit, *l. si pecuniam* 5. *§. sed si accepit* 3. & *§. ult. ff. h. t.* Verum enim est, servum nec hoc casu fuisse domino periturum, si innominatus defuisset contractus dationis ob faciendam manumissionem. Quæ cum ita sint, consequens est, ut quod generalius rescriptum invenitur in *l. pen. C. h. t. pecuniam datam, si hac causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu, non est secuta, repeti minime posse*, limitationem recipere debeat secundum distinctionem jam propositam ex *d. l.* 5. *§. ult. ff. h. t.* si scilicet integra res amplius non sit, seu non fuisset res eodem modo apud dominum peritura. Nisi magis placeat, cessare quidem condictionem ob causam datorum, de qua in *d. l. penult. C. h. t.* juxta tituli ipsius inscriptionem tractatio erat; sed non ideo exclusam protinus dici oportere profluentem ex pœnitentia condictionem; cum & in *d. l.*

5. §. 3. & *l.* 5. *pr. ff. h. t.* post denegatam condictionem causa data causa non secuta, nihilominus ea danti tribuatur datorum repetitio, quam probata in his contractibus pœnitentia parit. Quo modo etiam accipienda Pauli verba, cum in *l. naturalis* 5. §. & *si quidem t. in fine ff. de praescriptis verbis*, ait, *si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus sit, ac tu duntaxat culpam praestare debes*, nam & illic tantum de condictione ob causam datorum causa non secuta sermonem esse, verba immediate antecedentia abunde evincunt: eoque respectu merito Paulus dixerat, Stichum periculo ejus esse, qui rem dederat ut Stichum acciperet, cessante scilicet condictione illa ob causam datorum: interim condictionem ex capite pœnitentiæ admitti oportere neque negat Paulus in *d. l.* 5. §. 1. neque negant leges aliæ; ac ex adverso pœnitentiæ licentiam Ulpianus in *d. l.* 5. §. 3. & *d. l.* 5. *ff. h. t.* manifeste tuetur.

6. Sed cum hodiernis moribus contractus innominati a datione incipientes pœnitentiam haud recipiant, in quantum nunc ex nudo pacto serio prolato, utcunque per traditionem haud confirmato, actio datur ad implenda ea, quæ pacto placuerunt, sic ut & ipsa conventio de dando ut vicissim detur firmitatem habeat, ac producat actionem ad dandum, hinc etiam condictio ex capite pœnitentiæ reprobata nunc est, Groenewegen ad *l.* 55. *ff. h. t.* manente in ceteris ac vigente Romani juris dispositione circa hanc condictionem causa data causa non secuta; uti colligere licet ex Hugone Grotio *manuduct. ad juri prud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 44. 45.

7. Quod si datum quid sit ob causam impossibilem, aut ea talis est natura, aut jure seu moribus. Si natura, idque sciverit, qui dedit, cessabit repetitio, cum donasse videatur, arg. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de regulis juris*, & de tali scientia accipienda est *l. dictam* 8. *C. h. t.* Sin ignoraverit ignorantia non supina neque affectata, huic condictioni locus erit, arg. *d. l.* 53. *l. cum ancillam* 6. *C. h. t.* Quod enim a Marciano scriptum est, non solum stipulationes sed & ceteros contractus impossibili conditione interposita nullius momenti esse, quia sic contrahentium procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem, *l. non solum* 31. *ff. de oblig. & act.* id ad contractus nominatos restringendum videtur, in quibus nondum dominium datione translatum erat; quales sunt stipulationes, emtiones, locationes, ibidem recensitæ, aliique enumeratis non plane dissimiles. Confer Donellum *ad d. l.* 6. *C. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 25. *num.* 4. Perezium *C. h. t. num. ceterum causam* 7. Sed si moribus seu jure impossibilis causa de futuro adjecta sit; & impossibilitatem dans ignoraverit; siquidem errore juris, cessat repetitio; quippe quam juris ignorantia impedire solet, arg. *l. cum quis jus* 10. *C. de juris & facti ignorantia l. regula est* 9. *ff. eod. t.* sin facti inscitia, condictio dari non deneganda, veluti, si quid militi datum sit, ut procurationem susciplat, vel dos numerata ad onera matrimonii inter eos, inter quos nuptiæ ob nimis arctum sanguinis aut affinitatis vinculum consistere non possunt, cum dans ignoraret, eum, cui procurationis causa numerabat militem esse, aut adeo propinquam esse sanguinis conjunctionem. Ac de his similibusque facti erroribus accipienda *l.* 1. *si militem* 5. *l. cum ancillam* 6. *l. si lib.* 9. *C. h. t.*

8. Plane, si quid datum appareat ob causam futuram, quæ non dantis, sed solius accipientis commodum concernit & utilitatem, veluti, si Titio decem data fingas, ut inde vestem sibi vel ornamenta paret, aut in suo ædificet; licet id non fecerit, adeoque causa illa secuta non sit, repetitioni tamen nullo modo locus est; cum donatio magis eo casu, quam contractus utrimque obligatorius, intervenisse videatur, *l. sed si mors* 13. §. *ul. ff. de donat. inter virum & uxor. l. Titio centum* 71. *ff. de condit. & demonst.*

TITULUS V.

De Condictione ob turpem vel injustam causam.

SUMMARIA.

1. *Condictio ob turpem causam datur, si solius accipientis, non item dantis turpitudo sit, quod exemplis monstratur. An &, si Juri vel alteri indicet?*
2. *Cessat hac condictio, si vel solius dantis, vel dantis simul & accipientis turpitudo sit, quod exemplis illustratur. An careat hac condictione, qui dedit judici, ut pro se judicaret in bona causa, vel ut festinato litem expediat?*
3. *Accipiens tamen reddere tenetur turpia lucra tertio, cujus interest, aut fisco.*
4. *Quid sit condictio ob injustam causam?*
5. *Quid juris, si quid non datum, sed tantum promissum sit ob turpem vel injustam causam?*
6. *Quid juris in eo, quod meretrici pro stupro promissum? & quid, si fingatur praecedens mutui numeratio, cum vere esset promissio ex turpi causa?*

1. Condictio ob turpem causam est actio personalis stricti juris, qua repetitur quod datum est ob factum continens turpitudinem ex parte accipientis, ita ut condicens turpitudinis expers sit, licet jam turpe factum subsecutum fuerit: competens ei, qui dedit, ac heredibus, adversus accipientem, non item adversus heredes ejus, nisi quatenus ad eos pervenit, cum ex quodam quasi maleficio descendat: ad id ut res, vel si ea perierit, æstimatio ejus restituatur, una cum fructibus & accessionibus, arg. *l. videamus* 38. *pr.* & §§. *seqq. ff. de usuris*, non item usuris, *l. quoties* 4. *C. h. t.* Confer Hug. Grotium *ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 46. Scilicet, ut paulo altius res repetatur, omne quod datur vel ob honestam causam datur, vel turpem: si ob honestam, ita demum repeti data possunt, si causa secuta non sit, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* si ob turpem, repetitioni locus est, etiamsi res secuta jam sit, *d. l.* 1. §. *ult. ff. h. t. l. quoties* 4. *C. h. t.* si modo accipientis solius, non item dantis, turpitudo versetur, veluti, si quis dederit alteri, ne sibi vel tertio per calumniam lis moveatur, injuria inferatur, furtum fiat, *l. ut puta* 2. *idem* 4. §. *quotiens* 2. *ff. h. t. in heredem* 5. §. 1. *ff. de calumniator.* ut &, si datum quid sit tyrocinii evitandi causa, *l. quod evitandi* 3. *C. h. t.* vel ut restituatur, aut fiat, quod sponte reddendum aut faciendum erat; puta depositario, commodatario, locatori,

venditori, mandatario, heredi ex testamento ad legatum, promissori ex stipulatu ad rem promissam obligato, similibusque, ut res depositas, commodatas, locatas, ex mandati causa penes se existentes restituant, venditas tradant, aut solvant legatas, promissasve: quamvis in bonæ fidei negotiis etiam actione ex ipso contractu id, quod ob restitutionem datum est, repeti possit, atque ita actiones illæ cum hac concurrere ex turpi causa condictione, quod in stricti juris negotiis non ita contingit, *l. ut puta* 2. §. 1. *l. ult. pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Adhæc, si quis furi, aut socio ejus indicium dederit, seu præmium, ut rem furtivam indicaret; cum & hoc sponte faciendum fuerit, ac res furtiva reddenda ei, cui ablata erat, *l. idem* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. ult. C. h. t.* Aliter quam obtinet, si extraneo quid datum sit, ut is furem vel rem furtivam, aut fugitivum indicaret: cum enim indicare aut delator esse non teneatur extraneus ille, turpitudine caret, cum accipit indicium, sic ut & promissum exigere queat; ideoque nec hanc metuere debet actionem, *l. solent* 15. *ff. de præscrip is verbis*; *d. l.* 4. §. *ult ff h. t.* junct. *l. qui vas* 48. §. *qui furem* 1. *ff de fur is.*

2. Quod si dantis solius, non item accipientis, turpitudo appareat, dubium non est, quin cesset condictio; cujus rei speciem Ulpianus in eo constituit, quod meretrici ob stuprum datum; nova nempe ratione concludens, non utriusque, sed dantis solius, turpitudinem esse, illam enim turpiter quidem facere, quod sit meretrix; at non turpiter accipere, cum sit meretrix, *d. l. idem* 4. §. *sed quod* 3. *ff. h. t.* Quamvis, si certiorem atque saniorem sequamur rationem, magis sit, ut cesset condictio, quia æqualis dantis & accipientis turpitudo est; quo casu condictionem ex turpi causa denegari, melioremque, tanquam in pari turpitudine ac causa possidentis conditionem esse, responsum est *l. ubi autem* 3. *l. pen. ff. h. t.* veluti si quis dederit, ne prodatur in facto aut adulterio deprehensus, *l. idem* 4. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* vel ut per judicem male judicetur, *d. l. ubi autem* 3. *ff h. t.* Sed & si judici quis dederit, ut pro se pronunciaret in bona causa: cum enim ex sententia judicis demum certum evadat, uter litigantium justam causam foverit, ac pro suæ litis justitia & bonitate usque adeo præsumere uterque debeat, ut & jusjurandum calumniæ in judicii initio præstare, atque ita de sua bona fide in lite movenda vel excipienda jurare tenentur, vix est, ut non videatur voluisse judicem corrumpere, ac in turpitudine manifesta simul cum judice accipiente hærere, qui ita dedit, *l. ut puta* 2. §. *ult. ff. h. t.* Unde etiam rescriptum generaliter invenitur, illum, qui diffidentia justæ sententiæ in pecuniæ corruptelam spem negotii reposuerit, judici pecuniam dando, amittere eam, quam habuerat, actionem, *l. 1. C. de pœna judicis qui male judicavit*, Bachovius *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 22. *th.* 3. *lit. F.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 25. *num.* 7. Quod & nostris probatum moribus, quibus corruptor judicis in veram damnatur litis æstimationem, cujus triens delatori, reliquum pauperibus cedit. *Nader ampliatie van d' Instructie van den H ge en Provincialen Rade t. ult. art.* 3. 4. Groenewegen *ad rubric. C. de pœna judicis, qui male judic.* Nisi tamen suam ipse dationem ad magistratum competentem detulerit, ac personam declaraverit & hoc ipsum probaverit; tunc enim dantem veniam mereri, jure novo constitutum est, *auth. novo jure C. eod. tit. de Ampliatione t. ult. art.* 7. Nec dubitandum videtur, quin & tunc utriusque turpitudo sit, cum judici datur, ut is festinatius pendentem expediat finiatque litem, *d. Ampliat. t. ult. art.* 1. licet id interpretibus juris multis displiceat; sed sine fundamento. Vide Bachovium *d. loco*, Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 3.

3. Neque tamen ideo lucra hujusmodi turpia penes accipientem remanere fas est: si enim heredibus, etsi crimine carentibus, sane multo magis ipsis accipientibus, ac turpitudinis reis, extorqueri ea oportere dicendum est, arg. *l. in heredem* 5. *ff. de calumniator.* Qua ratione tertio, cujus intererat, ob turpem causam non esse datum, condictio datorum concessa legitur; ut puta domino, a cujus servo fugitivo vel fure pecuniam acceperas, ne eum indicares, *idem* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* aut si tertius nullus apparet, cujus interesset, ex turpi causa non esse datum, æquum fuerit, accipientibus, tanquam indignis, auferri data, ac fisco vindicari, ne alias suo ex scelere ditentur, arg. *l. cum hic status* 32. §. *ult. ff. de donation. inter virum & uxorem*, *auth. novo jure C. de pœna jud. qui male judic.*

4. Altera tituli pars est de condictione ob injustam causam, actione scilicet personali, qua repetitur id quod datum fuit, aut aliter penes alium est ob causam, nullam quidem turpitudinem specialem continentem, sed tamen jure civili improbatam, *l. perpetuo* 6. *ff. h. t.* cui condictioni non ob futuram, ut in præcedentibus, sed magis ob præteritam causam locus est, veluti cum repetitur id, quod ex stipulatione per vim extorta solutum est, *l. ex ea* 7. *ff. h. t.* vel malæ fidei possessori victo fructus consumti condicuntur, *l. pen. C. de condict. ex lege.*

5. Ceterum, si ex turpi vel injusta causa nihil quidem datum, sed tantum promissio facta sit, exceptio agenti ex tali promissione opponi potest, vel cautio seu chirographum continens promissionem, condici *l.* 1. *C. h. t. de condict. ob turpem causam.* Etenim ex instrumento, quo promissio ob turpem causam comprehensa est, summo quidem jure actionem competere, sed exceptione doli, aut in factum, elidi ac summoveri constat, *l. si ob turpem* 8. *ff. h. t. l. Titia quæ* 134. *ff. de verbor. obligat.* ac proinde, cum ab Ulpiano traditum fuit *generaliter turpes stipulationes nullius esse momenti*, *l. generaliter* 26. *ff. de verbor. obligat.* & ab Imperatoribus rescriptum, *causæ quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse, & ex stipulatione contra bonos mores interposita actiones denegandas*, *l. mercalem* 5. *C. h. t.* id de effectu intelligendum est, in quantum nihil actione tali per exceptionem elisa actor consequitur; aut in quantum non jus ipsum, sed prætor, secundum veterem judiciorum morem, actori actionem petenti, eandem negat, dum manifestam animadvertit causæ turpitudinem, ac inde certam imminentem actionum per exceptiones elisionem.

6. Ex his haud difficulter decidi potest, quid de promissione meretrici pro stupro facta statuendum sit: nam si Ulpiani ratiocinio locum faciamus, ac meretricem existimemus non turpiter facere, quod accipiat, cum sit meretrix, *l.* 4. §. 3. *ff. h. t.* etiam nec turpe in ea fuerit, alium sibi eam ob causam ex

promissione devinctum fecisse, ac factam exegisse promissionem. Contra vero, si sanam malimus rationem amplecti, rectius fuerit, denegari efficacem promissorum exactionem, ob parem utriusque tum promittentis tum stipulantis turpitudinem, in unum concurrentem. Quæ adeo vera sunt, ut, etiamsi in chirographo non ipsa turpis causa, sed alia honesta exprimatur, veluti pecuniæ numeratio ex causa mutui, tamen doli & simulationis exceptione repellendus sit agens ex hujusmodi scriptura, quoties evidens est, turpitudinis, stupri, adulteriive causa, chirographum conscriptum esse; dum magis attendi oportet ad id, quod vere agitur, quam quod simulate conceptum est, *tit. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*, prolixe Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 243.

TITULUS VI.

De condictione indebiti.

SUMMARIA.

1. *Quid sit indebiti condictio, & in quo mutuum distet ab indebiti solutione?*
2. *Non habet locum, si solutum sit, quod naturaliter debitum. Nec, si id quod vere debitum, more improbato exactum sit; licet exigens aliter coerceatur.*
3. *An pendente die vel conditione condici possit, quod ante diei vel conditionis existentiam solutum est? & de interusurio, casu quo sortis condictio fieri non potest.*
4. *Tutus exceptione perpetua in suum favorem inducta si solverit per errorem, solutum repetere potest; quod exemplis docetur, tres tamen casus excipiuntur. Sed si in odium adversarii, non repetit, quod inter alia etiam obtinet ex moribus nostris in exceptione biennii, intra quod dedita plurima ex constitutione Caroli V. sunt exigenda.*
5. *Explicatur per distinctiones quo modo condictio competat & electio, si pars soluti sit indebita; vel utraque res soluta sit, cum alterutra esset debita; vel una res sit soluta velut unice debita, cum res in genere vel duæ res alternative deberentur; & quid si alterutra post solutionem interit cum utraque alternatim debita soluta esset? Item quid juris si duo rei debendi, vel debitor & fidejussor singuli totum corpus aut quantitatem, vel singuli rem unam ex alternative debitis, solverint iisdem vel diversis temporibus?*
6. *Competit tantum ei, qui ignorans indebitum ignoranti solvit. Quid si sciens scienti vel ignoranti solverit? Quid si dubitans?*
7. *Quod per errorem juris indebiti solutum est, condici nequit ut indebitum: quod & moribus obtinere debet.*
8. *Quibus detur hæc condictio? ubi de tutoribus, procuratoribus, qui pro pupillo vel domino solverunt indebitum.*
9. *Quis condicat, si primus indebitum promiserit, ac fidejussor ab eo datus id solverit? Quid juris, si fidejussor pro vero debito fidejussorit, & solverit, deinde quasi principalis debitor esset? vel postquam ipse interposuisset pactum de non petendo? Et generaliter, quid juris sit, si quis solverit, quod ipse non debebat; alius tamen debebat accipienti?*
10. *Datur quandoque condictio aliis, quam qui solverunt, dum illi, qui instituti erant, legata, quandoque & debita, solverunt, ac dein restitutione* [illegible] *aliis modis ob testamentum injustum, falsum, inofficiosum ab hereditate depulsi sunt.*
11. *Contra quos hæc actio detur? An contra eos, quibus solutio profuit? an contra fiscum, si quæstori ærarii indebitum solutum sit? An contra dominum, cujus procuratori solutum quod debitum non est; & quid si adjecto, vel delegato indebitum solutum sit?*
12. *Ad quid tendat condictio indebiti, si factum aliquod indebite præstitum sit; vel possessio indebite translata? & quid si res possessa per eum, cui tradita, jam usucapta sit? Quid si corpora indebita soluta per accipientem distracta sint vel perierint? & an cum sorte indebite soluta usura reddenda, si eam medio tempore accipiens fœnori collocaverit?*
13. *Si sors debita soluta sit, usuræ indebitæ solutæ, non possunt condici usuræ, nisi solutæ sint supra legitimum usurarum modum.*
14. *Cui incumbat onus probandi indebitum debitumve esse, quod solutum est? An & probasse censeatur indebiti solutionem, qui de eodem debito duas producit diversorum temporum apochas, quarum posterior nullam prioris mentionem habet?*
15. *Cessat indebiti condictio, si solutum ex causis quibus lis inficiando crescit in duplum, vel ex causa transactionis, jurisjurandi, rei judicatæ; recensentur tamen quædam exceptiones.*
16. *Cessat, si specialiter, non generaliter, huic condictioni renunciatum sit, vel insignis pietatis ratio comitetur solutionem, veluti dotis, aut commiserationis.*
17. *Denegatur, quoties solutum ex causis, ex quibus retentionem quidem habemus, at non petitionem, item si naturaliter debitum sit. Recensentur casus varii, quibus id, quod naturaliter debetur, si solutum sit, repeti tamen potest.*
18. *An pœna indebite soluta condici possit hac condictione?*
19. *Si mulier debitum clam viro stante matrimonio contraxerit, illudque vel stante matrimonio solverit clam viro, vel post dissolutum matrimonium, an maritus vel ipsa repetere solutum possit matrimonio adhuc constante, vel jam diremto, secundum mores Hollandiæ & Ultrajecti?*
20. *Explicatio nova legis* frater a fratre 38. ff. h. t.

1. AD mutuum proxime accedit indebiti solutio; etsi in eo differat, quod non verus sed quasi contractus sit, ac non modo circa res fungibiles, sed & alias mobiles, immobiles, incorporales, indebite solutas, versetur. Adde Cujacium *libr.* 8. *observ. cap.* 34. unde nascitur indebiti condictio, actio nempe personalis ex quasi contractu, qua repetitur, quod indebite solutum est, §. 1. *Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* §. *pen. Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, veluti si quid solutum sit ex testamento, quod postea falsum, aut irritum, aut ruptum, aut nullum apparuit; quodve postea codicillis ademtum erat, *l. si quis sic* 2. *& seqq. l. ex his omnibus* 54.

ff. h. t. si cautio indebite interposita sit, *l.* 1. *in princ. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse lic.* si promissum id, quod non debetur, *l. si qui plus* 31. *h. t.* si cautio non exacta, quæ poterat exigi, *l. hoc* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* si usuræ supra legitimum modum solutæ, *l. si non sortem* 26. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* ut & innumera prope alia passim per universum jus dispersa, quæ recensere longum foret.

2. Huic condictioni ut locus sit, requiritur ante omnia, ut & naturaliter & civiliter indebitum appareat; nam si natura debeatur quod solutum est, condictio indebiti impeditur *l. naturaliter*. 13. *l. si quod dominus* 64. *ff. h. t.* maxime, si ex nudo pacto debitum fuerit, *l. juri gentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *ff. de pactis*; *l. quamvis usuræ* 3. *C. de usuris*, cum subsecuta ad pactum solutio satis demonstret, eum, qui pacto promisit, habuisse animum sese obligandi, nec inconsideratam fuisse sermonis jactantiam, sed seriam promissionem. Quod enim ajunt, naturaliter debitum, non esse debitum, nec inde quem posse creditorem videri, *l. credit.* 10. *ff. de verb. signif.* eo tantum pertinet, quod illa non sit plena & ad omnem effectum valida obligatio; idque ad distinctionem illius, quæ naturalis ac civilis simul est, & efficacem actionem aut persecutionem parit, secundum prima verba *d. legis* 10. Sed &, si naturaliter ac civiliter simul debita per creditorem contra moribus aut legibus receptam formam exacta, atque ita per debitorem soluta fuerint, condictioni indebiti locus non est; cum dici nequeat, indebitum esse, in cujus exactione tantum peccatum est; nec damnum sentiat, qui non plus solvit, quam vere debet, arg. *l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 14. *l. ult.* §. *ult. ff. quod metus causa*, præsertim hodiernis moribus, quibus pœnæ legales aliquem privantes jure suo fere inntur in desuetudinem abiisse, adeoque creditos ob metum illatum jure crediti non cadit, cujus contrarium Romanis placuerat. Ut tamen debitori, qui solvit, actio accommodanda sit, si qua ratione ejus intersit, actionem more improbato factam esse; atque etiam vindictæ publicæ persecutionem jure faciat, cui accusandi jus est, si ad publicam læsionem excessus spectet, Sande *decis. Frisio. lib.* 1. *tit.* 12. *defin.* 2. Confer. aliter ex parte sentientem Anton. Fabrum *Cod. libr.* 7. *tit.* 20. *definit.* 15. 22. 26.

3. Quod si ex die incerto, an unquam sit extiturus, veluti *cum Titius consuluerit*, vel sub simili incerta conditione debitum solvatur ante existentiam diei vel conditionis, pendente quidem conditione vel die condici potest; at ea existente non repetitur, *l. quod si ea* 18. *in fine ff. h. t.* & ad talem diem vel conditionem restringenda, quæ generalius proponuntur in *l. sub conditione* 16. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* uti & quod scriptum est, id, quod pure debebam, si ipse vel alius pro me, novandi animo sub conditione promiserim, pendente novatione solutum, condici posse, quia, ex qua solvam obligatione, adhuc incertum est, *l. Julianus* 60. §. 1. *ff. h. t.* Militatque hoc casu pro condictione æquitatis ratio, quia pendente tali conditione vel die, obligationis dies nec cessit nec venit, adeoque nullum interim debitum subest, sed sola spes debitum iri, §. *sub conditione* 4. *Instit. de verbor. obligat.* Sed si dies omnino certus obligationis sit appositus, vel dies aut conditio talis, de qua incertum quidem, quando extitura sit, certum tamen, eam aliquando extituram esse, veluti *cum Titius morietur*, solutum ante diem aut conditionis eventum condici nequit, *l. in diem* 10. *l. nam si* 17. *l.* 18. *ff. h. t.* cum debiti in diem certo extiturum dies statim cedat, statimque debitum intelligatur, etsi necdum peti possit, §. *omnis stipulatio* 2. *Inst. de verb. obligat. d. l. in diem* 10. *ff. h. t.* & pure stipulari videatur, qui sub conditione, quæ omni modo extitura est, stipulatur, *l. si pupillus* 9. §. *si qui sub* 1. *ff. de novation.* Quæ adeo vera, ut nec interusurium, seu usura medii temporis, quod inter solutionem & diei vel conditionis existentiam intercessit, peti queat. Etsi enim tunc, cum debitor ex justa quadam causa condemnatur ad solvendum ante tempus, quod demum post diem certum alioquin præstandum erat, interusurium seu commodum repræsentationis ex eo debito deduci possit, *l. si constante* 24. §. *quotiens* 2. *ff. soluto matrimon.* arg. *l. si mandavero* 22. §. *item* 1. *ff. mandati*, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 22. id tamen ad solutionem ante tempus, sponte per errorem, ac nulla necessitate urgente factam, porrigendum non est, nam cum sortis petitio impedita sit, ac proinde moram fecisse videri non possit is, cui solutum est, usurarum quoque exactionem cessare necesse est; maxime, cum stricti juris sit indebiti condictio, in qua non ex mora quidem usuræ debentur, arg. *l. lecta* 40. vers. *sed cum sortis ff. de reb. creditis*, *l. eos*, 26 *C. de usuris*, Costalius ad *l.* 10. *ff. h. t.* Perezius *Cod. h. t. num.* 5.

4. Si quis summo quidem jure civili debeat, sed exceptione perpetua tutus sit adhuc condictioni locus est, si modo exceptio in excipientis favorem introducta sit, qualis est senatusconsulti Vellejani, *l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *l. qui exceptionem*. 40. *ff. h. t.* doli mali, *l. qui se debere* 7. *de condict. caus. dat. causa non secuta*, pacti de non petendo, *l. qui hominem* 34. §. *ult. ff. de solution.* jurisjurandi, *l. si quis juraste*: 43. *ff. h. t.* rei judicatæ, arg. *d. l.* 43. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *pr. ff. quarum rer. act. non datur*. Neque huic obstat, quod Paulus scripsit, eum, quem judex male absolvit si sponte solverit, repetere non posse, *l. judex* 28. *ff. h. t.* agit enim de eo, qui sciens, se rei judicatæ exceptione tutum esse, tamen solvit; qualibus non solet condictio dari, *d. l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *ff. h. t.* quam scientiam in *d. l.* 28. satis arguit vocula *sponte sua*, non modo voluntatis libertatem, sed & simul oppositam ignorantiæ scientiam quandoque complectens, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* præsertim si consideres, talem in *d. l.* 28. proponi, qui *male* per judicem absolutus erat, & probabiliter bonam fidem agnoscere maluit solvendo, quam secundum jus summum sese defendendo, contra æquitatem naturalem cum adversarii victi jactura locupletari; vel litigare apud judicem superiorem, dum actor victus appellationem minatur, si solutio non fiat, meliorem sibi spondens in bona causa litis eventum. Minus adversatur, quod ex Juliano idem Paulus negavit, *verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio solventem, repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem permanere*, *l. Julianus* 60. *ff. h. t.* Non enim illic solutio per verum debitorem facta fuit, postquam per sententiam judicis

jam male absolutus erat, sed ante sententiam, *manente adhuc judicio*; adeoque eo tempore, quo & naturaliter & civiliter debebat, necdum ulla tutus perpetua rei judicatæ exceptione; qualem solutionem, a vero debitore semel recte factam, enervare non poterat aut debebat postea subsecuta judicis sententia, ipso jure nulla, lata quippe super lite jam per solutionem spontaneam inter actorem reumque finita, arg. *l. cum decem* 71. *§.* 1. *ff. de solution.* Quod si ex adverso is solverit, qui exceptione non in suum favorem, sed in creditoris odium introducta, tutus erat, condictio indebiti denegata fuit; veluti si filiusfamilias contra Macedonianum, cui causam dedit odium fœneratorum, mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus solverit; *d. l. qui exceptionem* 40. *ff. h. t.* vel si quis, cum se defendere posset exceptione juris novi per adversarium suum dati vel impetrati; atque ita non solvere in odium & pœnam dati vel impetrati novi juris, ea omissa solutionem fecerit, *l. si quis iniquum* 3. *§. ult. ff. quod quisque juris in alt. stat.* eoque respicit Pomponius, cum in *l.* 19. *pr. ff. h. t.* scribit; *si pœna causa ejus, cui debetur, debitor liberatus sit, naturalis obligatio manet, & ideo solutum repeti non potest*: Ne improbabiliter ad hanc exceptionum classem retuleris illam, qua constitutione Caroli Quinti, ac renovatis variarum gentium placitis, post biennii lapsum a crediti exactione depelluntur, qui merces minutim distrahi solitas alteri vendiderunt, aut tanquam advocati vel procuratores, alioque simili titulo salarium meruerunt. Cum utique illa biennii præscriptio, non in debitorum favorem inducta sit, sed in odium creditorum negligenter exigentium, & exigendi jure post longa tempora adversus ipsos debitores aut eorum heredes subinde pessime abutentium, ad impetrandam publicam unius debiti solutionem. Unde & eorum, quæ post biennium soluta sunt, condictionem cessare, magis obtinuit, Sande *decis. Fris. libr.* 5. *tit.* 6. *defin.* 2. *in med.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de mercator. minutim vend. gloss. ult. num,* 7. Abr. a Wesel *ad novell. constitut. Ultraject. art.* 21. *numer.* 47. *& seqq.* Sunt tamen in jure proditi casus nonnulli, quibus ipsæ quoque in excipienti favorem introductæ exceptiones non efficiunt, ut post solutionem condictio competat; uti id contigit in fidejussore, qui, si solidum debitum solus solverit, cum potuisset opposito divisionis beneficio, in suum favorem adinvento, liberari partis virilis solutione, repetitionem non habet ejus, quod supra suam exsolvit partem, *l. si testamento* 49. *§. ex duobus* 1. *in fin. ff. de fidejussor.* Idemque est in possessore bonæ fidei, qui rei vindicatione conventus, etsi necessarias & utiles impensas retentione rei & opposita doli mali exceptione recuperare potuisset, ita suadente bonæ fidei favore, eadem tamen omissa, ac re restituta, nullam rei, quasi indebite restitutæ, vel impensarum, condictionem habet; *l. si in aream* 33. *ff. h. t.* Denique si maritus totam dotem restituerit, cum posset, opposita competentiæ exceptione in suum favorem introducta, non totam reddere, in ea causa est, ut repetere non possit, *l. nam & maritus* 9. *ff. h. t.*

5. Si pars soluti sit debita, pars indebita, sola repetitur pars indebita, si modo id, quod solutum est, fungibile sit, vel saltem tale, ut sine dantis & accipientis læsione pars commode restitui recipique possit; veluti si solutus sit totus fundus, cum pars dimidia fundi esset debita; sive pro diviso sive pro indiviso deberetur; nam si, cum centum deberentur, fundus ducentorum in solutum datus sit, quasi ducenta fuissent debita, totus fundus condici posset, salva manente debiti exactione; ne alioquin vel solvens vel accipiens in eo læsionem sustineat, quod invitus compelleretur ad communionem, ad quam ex prima obligatione, quæ pecuniaria tantum erat, non fuisset compulsus, *l. si non sortem* 26. *§. si centum* 4. 5. 6. *ff. h. t. l. cum amplius* 84. *ff. de reg. juris.* Quod si is, qui alternative duas res promiserat, utramque solverit, unam condicit, & eam quidem quam vult; electionem enim habet, *l. pen. C. h. t.* sed &, si hominem generaliter promiserit, vel Stichum aut Pamphilum, ac se Stichum debere existimans, eundem solverit, condicere potest; & alium dando liberari, *l. cum is* 32. *§. ult. ff. h. t.* Quamvis enim de eo inter veteres jurisconsultos dissensus fuerit, & Ulpianus ei, cui solutum erat, asseruerit arbitrium retinendi quod vellet, tanquam jam debitori facto ex quasi contractu, indebiti solutione, *l. si non sortem* 26. *§. pen. in fine ff. h. t.* ac Celsus etiam in casu, quo unus ex disjunctim debitis solutus erat, ut unice debitus, repetitionem denegaverit, *l. si is, cui legatis* 2. contrarium tamen magis Justinfano a Papiniano probatum, in *d. l. pen. C. h. t.* quam & Juliani opinionem fuisse, colligi potest ex *d. l.* 57. *pr. junct. §. ult. ff. h. t.* quia, si maxime solvens, ex debitore jam creditor factus, censeretur solutione tali perdidisse electionis jus, quod ei ab initio qua debitori competebat, tunc hoc ipsum quoque, tanquam per solutionem indebite translatum, potuisset condicere. Ceterum illa Justiniani decisio locum non invenit, si res duæ alternative ex contractu vel testamento sic ab initio debitæ fuerint ut ipsi creditori electio competeret; tunc enim, utraque simul soluta, creditoris accipientis arbitrium foret, utram sibi retinere mallit, secundum primam obligationis naturam, arg. *l. plerumque* 10. *§. ult. ff. de jure dot.* Sed & si post utriusque solutionem altera ex his desierat in rerum natura esse, id remanebit in soluto, quod superest, *d. l. cum is* 32. *pr. ff. h. t.* cum etiam necdum facta debiti alternativi solutione, unius intereuntis periculum ad debitorem spectaret, & id, quod superest, dandum foret, *l. si in emtione* 34. *§. si enim* 6. *ff. de contrah. emt.* Denique, si duo rei debendi sint *Stichi aut Pamphili*, & pariter utrumque per errorem solverint, id est, unus Stichum, alter Pamphilum, electio creditoris est, cui velit restituere, ut alterius repetitio impediatur. Cum enim singuli unum corpus solvissent, singulis electio in repetitione esse non poterat; ideoque creditori soli relinquebatur electio, quid, & cui, reddere vellet, *l. plane si duo* 21. *ff. h. t.* aliter, quam obtineret, si duo rei ejusdem pecuniæ, qui decem debebant, viginti pariter solverint; singulos enim quina repetituros, Celsus ait *l. si pœna* 19. *§. ult. ff. h. t.* Quod si diversis temporibus duo rei promittendi, vel duo confidejussores, vel reus principalis & fidejussor, singuli solidam summam solverint, vel alter Stichum, alter Pamphilum alternative debitum, is, qui posteriorem fecit solutionem, solus indebiti condictione uti potest; eo quod per prioris solutionem jure fa-

ctam obligatio tota peremta fuit, atque ita solus posterior indebitum solvisse dici potest, *l. cum duo* 25. *l. si fidejussor* 59. *ff. h. t.* Confer Cujacium *libr.* 8. *obs.* 55. Donellum *comment. jur. civil. libr.* 14. *c.* 18. *circa med. fere ad finem usque.*

6. Deinde ad condictionem indebiti necesse est, ut ignorans solverit indebitum ignoranti: nam si ignorans scienti præstiterit indebitum, condictioni potius furtivæ locus est, *l. quoniam* 18. *ff. de condict. furtiva*, arg. *l. falsus creditor* 43. *pr. l.* 44. *ff. de furtis*. Cui non contradixit Julianus in *l. servum meum* 37. *ff. h. t.* cum tantum simpliciter definiat, condictioni locum esse; an autem ea sit indebiti condictio, an furtiva, non determinat; ut proinde id aliunde petendum sit. Moribus tamen nostris condictionem indebiti magis, quam furtivam, moveri hoc in casu oportere, quia non ita facile quis hodie solet furti insimulari, notat Groenewegen ad *d. l.* 18. *ff. de condict. furt.* Si sciens scienti, vel sciens ignoranti, non debitum dederit, donasse intelligitur, *l. cujus per errorem* 45. *ff. de reg. juris*, *l. quod qui sciens* 50. *ff. h. t.* eoque pertinet casus, quo heredes, comperta voluntate defuncti, qua inutiliter fideicommissum reliquerat, illud tamen præstiterunt, cum conscientia relicti fideicommissi parentes voluntati ejus, *l.* & *si inutiliter* 2. *C. de fideicommissis*. Si solvens dubitet, an debeat, nec ne, adhuc repetitioni locus est, *l. ult. C. h. t.* Unde & subinde expressa cavebatur conventione, ut redderetur, si appareret indebitum, *l. si quis sic* 2. *ff. h. t.*

7. Quid, quod nec quævis solventis ignorantia sufficiens est ad indebiti condictionem, sed ea sola, quæ facti est, nec supina apparet aut affectata: nam si per juris ignorantiam contigerit indebiti solutio, repetitionem jure civili denegatam fuisse, verius est: quod & placuit Cujacio *lib.* 5. *observ.* 39, Donello *commen. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 21. *vers. in damnis*, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 14. Etenim id primo quidem evincit rescriptum Impp. in *l.* 10. *C. de juris & facti ignorantia*, cum ajunt, *si quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio, per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.* Quæ verba regulam universalem, velut jus certum, & supplicanti notum continentia, generaliora sunt, latiusque concepta, quam ut ad istos casus restringerentur, quibus id, quod naturali ratione debebatur, per errorem juris solutum est. Nam etsi verum sit, ista errori juris soluta repeti non posse, veluti si integra legata sine Falcidiæ detractione heres præstiterit, *l. error facti* 9. *C. ad leg. Falcid. l. regula est* 9. §. *si quis jus* 5. *ff. de juris & facti ignor.* perperam tamen ad hanc similesque pauciores facti species coarctaveris id, quod per modum regulæ juris, ac generaliter sine ulla restrictione, in *d. l.* 10. propositum est, nec alia ulla lege satis aperte limitatum invenitur, imo in jure errans opponitur errantibus, & stultis aggregatur, *d. l.* 9. §. 5. *ff. de jur. & facti ignor.* Deinde assertionis nostræ veritatem firmat evidenter, *l.* 1. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa*, ubi Ulpianus, postquam monuisset, heredem, qui cautionem legatorum nomine interposuerat, quam a testatore remissam ignorabat, condicere posse, subnectit mox dubitationem illam, si heres crediderit, non potuisse a testatore cautionem remitti, atque ita caverit, *numquid condicere possit, qui jus ignoravit?* ac respondet, *adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse.* Quorsum quæso hæsitatio illa Jurisconsulti, num condicere possit hoc casu, qui jus ignoravit? quorsum responsio illa, adhuc *benigne*, adeoque præter communes juris regulas, dici posse, condici satisdationem, quo scilicet voluntas suprema testatoris, cautionem remittentis, effectum sortiretur; si vulgo, ex jure communi, juris error non impedivisset indebiti condictionem? Sed & tertio pro hac opinione facit, quod jure civili paucis tantum personis exceptis jus ignorare permissum fuit, *l. regula est* 9. *pr.* & §. 1. *ff. de juris & facti ignorant.* unde & nata illa juris regula, *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere;* & *ignorantiam juris facile excusari non posse*, *d. l. regula est* 9. *l. cum ignorantia* 2. *C. eod. tit.* Etenim si noceat, vel in damnis amittendæ rei, vel in damnis amissæ rei obesse debet; cumque generaliter traditum sit, *omnibus errorem juris in damnis amittendæ rei suæ non nocere*, *l. error facti* 8. *ff. de juris & facti ignor.* non aliud superest, quam ut ergo in damnis amissæ rei damnosus sit; quod & in nostra quæstione contingit, ubi dominium solutione in accipientem translatum, atque ita amissum est. Nec dictis adversantur ea, quæ post alios a Vinnio in contrarium adducta sunt, *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 47. Quod enim ait, condictionem indebiti ex bono & æquo introductam esse, ac proinde non nisi æquitatis exceptione posse elidi, quæ nulla est, nec uspiam apparet; id vero debilius est, cum frustra laboretur de eo, quanam exceptione actio elidenda sit, ubi jus in pœnam ejus, qui jus ignorat, omnem denegavit actionem, condictionem, seu repetitionem, atque ita ipso jure nulla actio est, quæ exceptione perimenda foret, *d. l.* 10. *C. de jur. & facti ignor.* Nec momenti majoris est, quod urget, non inveniri adhibitam distinctionem inter juris & facti errorem in toto titulo Pand. aut Cod. de indebiti condictione: sufficit namque, quod aperte satis in tit. de juris & facti ignorantia (æque idonea istius quæstionis sede) distinctio ista circa indebiti solutionem data sit. Frustra quoque adducitur, juris ignorantiam non nocere *suum* petentibus, *l. juris ignorantia* 7. *ff. de juris & facti ignor.* non enim hic de rei suæ petitione quæstio est, cum secundum ante dicta is, qui solvit, dominus esse desierit, ac condictione indebiti non *suum* repetat, sed sibi debitum ex quasi contractu. Nec est, quod hanc inter *suum* & *sibi debitum* distinctionem captiosam cum Vinnio existimes; nisi & aliis in locis jurisconsultos vestros verbis lusisse ac cavillatione usos dicas, dum in explicandis ultimarum voluntatum conjecturis *suum* accurate separant ab eo, quod testatori debebatur & *in credito erat*, quia non videtur suum esse, quod vindicari non potest; uti id constat ex *l. Quintus Mucius* 27. §. *argento* 2. *l. scribit Quintus* 54. *ff. de auro, argento, legato.* Nec ipse Vinnius negare sustinuerit, dominium soluti translatum esse, dum non vindicationem solventi, sed solam indebiti condictionem, assertam cupit. Nullum denique sententiæ contrariæ patronis præsidium est in legibus ullis per eos adductis, quales sunt *l.* 7. *ff. de condict. caus. data. l.* 7. *ff. de condict. ob turp. causam*, *l.* 2. *l.* 5. *l.* 25. §. 2. *l.* 32. §. 1. *l.* 45. *l.* 54. *l.* 59. *ff. h. t. l.* 5. *C.*

h. t. cum in his omnibus, aliisque similibus, nullam nominatim juris aut facti mentionem habentibus, propositæ factorum species æque de interposita per facti ignorantiam solutione indebiti explicari possint, ac eas ad juris ignorantiam alii detorquere nituntur. Et quod ajunt, in quibusdam legibus suprascriptis agi de solutione facta contra proprium factum, cujus ignorantia probabilis non est, nec excusationem tribuit, indeque conjecturam capiunt, ergo errore juris ibi solutum esse, non multum stringit; tum quia non omnis facti proprii ignorantia, præcipue post temporis longioris decursum, improbabilis est; tum etiam quia & tunc, cum promissio per vim extorta est, vel jusjurandum interpositum, indeque metus aut jurisjurandi exceptio cœpit competere metum passo aut juranti, non ipse promissor, sed heres ejus vi promissionis potuit exsolvisse, ignarus, defunctum jurasse, aut vim perpessum esse. Ut proinde ne sic quidem ulla necessitas adigat ad leges illas de juris ignorantia accipiendas. Cumque hæc sententia nec rationi repugnet, nec æquitati, causam non video, cur aliud moribus hodiernis statuendum foret; dum obvii quoque sunt hodie juris periti, quos consulere non modo possunt, sed & debent, qui juris imperiti sunt, ne errantes impingant in ea, quæ legibus cauta sunt: tametsi non ignoro, aliud placuisse Hugoni Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 30. *numer.* 19. Simoni van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 14. *numer.* 3.

8. Competit hæc actio solventi indebitum, & hæredi ejus, ac domino, cujus mandato procurator, *l. si procurator* 6. *l. si fundi* 12. *ff. h. t. l. si per ignorantiam* 6. *C. h. t.* nec non pupillo, cujus nomine tutor solvit, *l. cum indebitum* 57. *ff. h. t.* non item procuratori, aut tutori, si pupilli vel domini mandantis nomine indebitum per eos solutum sit; sive de suis sive de pupilli dominive nummis, *d. l.* 6. §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. dominus* 53. *ff. h. t.* si modo tutor ita solutum in rationes pupilli retulerit, & de mandato, procuratori ad solvendum dato, aut saltem de subsecuta domini ratihabitione, constet: nam si neque tutor indebite soluta pupillo imputaverit, neque mandatum aut ratihabitio appareat, ipsi magis tutori vel procuratori, qui de suo solvit, condictio danda foret, *l. si procurator* 6. *pr. l. ult.* §. 1. *ff. h. t.* uti rei vindicatio ipsi nummorum corporumve solutorum domino, *l. qui heredis* 46. *ff. h. t.* arg. *l. dominum* 53. *in fine ff. h. t.*

9. Si quis indebitam pecuniam per errorem promiserit, eamque is, qui pro eo fidejusserat, solverit; si quidem nomine promissoris promissori adversus accipientem, fidejussori contra promissorem, actio danda fuit: sin suo nomine, ipse a stipulatore indebite solutum repetere potest, & quod ab eo consecutus non est, in subsidium actione mandati a promissore, *l. indebitam* 47. *ff. h. t.* junct. *l. frater a fratre* 38. §. *ult. ff. h. t.* quod si, cum pro vero quis debito fidejussisset, illud exsolverit, quasi ipse principaliter deberet, repetere nequit hac actione, cum & vere debitor fuerit, & suum creditor verus consecutus sit; etsi fidejussor in ea causa fuisset, ut ante solutionem sese ordinis aut divisionis beneficio potuisset tueri; eo quod in fidejussore tali severior & utilior illa sententia probata fuit, solutionem non indebite quantitatis non debere revocari, *l. si testamento* 49. §. *ex duobus* 1. *ff. de fidejuss.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 39. *numer.* 14 15. 16. quam tamen soluti repetitionem haberet fidejussor, si post interpositam fidejussionem & subsecutum ad eam pactum *ne a se pecunia petatur*, nihilominus per imprudentiam solvisset, quasi deberet ex fidejussione, *l. cum is, qui* 32. §. 1. *l. si fidejussor* 59. *ff. h. t.* & generaliter, si quis id solverit, quod ipse non debebat, alius autem debebat, si quidem suo nomine solverit, quasi ipse deberet, jure condicit, *l. si pœna* 19. §. 1. *l. in summa* 65. §. *ult. ff. h. t.* sin nomine debitoris, cessante condictione liberabitur debitor a creditore, qui suum recepit; incipietque solventi negotiorum gestorum judicio, aliove simili, ad restitutionem devinctus esse, *l. repetitio* 44. *ff. h. t.* Cujacius *observ. libr.* 8. *cap.* 9. Neque pugna ulla est inter *d. l.* 19. §. 1. *ff. h. t.* & *l. de hereditate* 5. *C. de petit. hered.* quarum illa heredi putativo tribuit repetitionem eorum, quæ creditoribus hereditariis exsoluta sunt; hæc negat, solamque dat ex hereditate restituenda deductionem. Etenim deductioni, ex hereditate restituenda tunc locus est, cum possessor ejus res hereditarias tenet, quæ ejusdem sunt generis cum solutis, sic ut compensatio admitti possit, juxta *l. in restituenda* 4. *C. eod. tit. de petit. hered.* aut saltem tales, ut per earum deductionem satisfieri possit hereditatis possessori; quippe quibus in casibus perinde censeri debet, ac si possessor hereditatis ex rebus hereditariis creditores dimisisset. Contra vero condictio indebiti, tanquam necessaria, danda erit, cum vel non tantam hereditariarum rerum quantitatem tenet, aut non res tales, quarum detractione in restitutione hereditatis posset indemnis servari. Nec est, quod regeras, possessori hereditatis ne tum quidem, cum vere indebitum solvit, condictionem dari, sed magis heredi vero, qui evicit hereditatem, *l. idem est* 3. *l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* Vero namque heredi condictio illic accommodatur, quia ex rebus hereditariis legata indebite soluta erant, & possessor hereditatis in bona fide positus non tenetur; nisi in quantum locupletior factus est; ac proinde, ne periculum talis debiti, ex solutione non debita nati, ad eum pertineret, placuit, ei magis dari condictionem indebiti, cujus periculo est, *d. l.* 3. *in fine.*

10. Fit tamen aliquando, ut & alius, quam qui solvit, cujusve nomine solutum est, indebiti condictionem habeat. Si enim heres testamento scriptus hereditatem adierit, & solutis legatis eo testamento datis nova & inopinata causa ei hereditatem abstulerit; dum testamentum aut injustum, aut nullum, aut ruptum, aut falsum, aut secundum leges veteres inofficiosum, pronunciatum est; aut minor viginti quinque annis heres scriptus, ac inconsiderata aditione læsus, impetravit in integrum restitutionem; præstitas ex causa legati res hereditarias condicet utiliter, quicunque evacuato testamento succedendi jus habet; adeo ut & nominum talium periculum ad eum, non ad bona fide solventem, spectet; *l. militis codicillis* 36. §. 2. *ff. de test. milit. l.* 2. §. 1. *l.* 3. 4. 5. *ff. h. t.* licet & ei, qui ex his causis inefficacibus solvit, condictio non videatur deneganda, *l. Papinianus* 8. §. *si ex causa* 16. *ff. de inoff. testam. l. quod si possessor* 17. *ff. de petit. hered.* Similiter, si tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverint, sed postea, non sufficienti-

bus bonis, pupillum abstinuerint, id quod amplius prioribus creditoribus solutum est, quam vere erat debitum ex non sufficiente patrimonio paterno, non tam per tutores bona fide solventes, quam potius per creditores ceteros, per istam solutionem læsos, condicendum est, *l. tutores* 61. *ff. h. t.*

11. Conveniendi hac actione illi, qui indebitum acceperunt, & heredes eorum; atque ipsi etiam pupilli quatenus inde locupletiores facti sunt; arg. *§. ult. Instit. quib. alien. licet vel non*, *l. naturaliter* 13. *§. item quod* 1. *l.* 14. *ff. h. t. l. ait prætor* 3. *§. pupilli* 4. *l. si pupilli* 6. *ff. de negot. gestis*, Gotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 30. *numer.* 54. Non item alii, quibus solutum non est, licet ipsis solutio videri posset profecisse, *l. bis solis* 49. *ff. h. t.* Quo fundamento procul dubio a Jurisconsultis Hollandicis responsum fuit, eum, qui indebite persolverat tributum *quadragesima*, condictione indebiti repetere soluta ab ipso illo tributi illius quæstore, etiamsi jam ærario illata fuissent sic perperam soluta. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 51. & *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 71. *pag.* 219. 220. Si tamen procuratori indebitum solutum sit, non dubium, quin contra dominum mandantem condictio danda sit, cum ipse videatur ita solutionem acceptasse, si modo speciale indebiti accipiendi mandatum intercesserit: nam si tantum generale de rebus domini administrandis datum sit, ratihabitione insuper opus esset, cum sub generali mandato indebiti acceptio comprehensa non sit, quippe de qua nec cogitatum fuit. Et hoc est, quod Paulus voluit *l. si procurator* 6. *§.* 1. *ff. h. t.* Eaque nititur ratione, quod Papinianus scripsit, si nominatim creditor suo mandaverit debitori, ut majorem, quam quæ debebatur, quantitatem suo foveret procuratori, isque errore lapsus amplius debito præstiterit, indebiti cum eo, qui delegavit seu mandavit, actionem esse, *l. cum indebitum* 57. *§.* 1. *ff. h. t.* Cum ex adverso, si quid falso procuratori indebite solutum sit, vel vero quidem, sed supra quantitatem mandato definitam, vel generali tantum mandato munito, ad quod ratihabitio acceptati indebiti secuta non est; non cum domino, cujus ille mandatum simulavit, aut saltem sufficiens non habuit, sed cum ipso illo procuratore, indebitum accipiente, experiendum foret, *l. creditoris* 8. *C. h. t. l. procurator* 6. *§.* 1. *d. l.* 57. *§.* 1. *ff. h. t.* Nec longe ab hac facti specie recedit ea, quam Paulus proponit in *l. si donaturus* 9. *§.* 1. *ff. de condict. caus. non secuta*, puta; si mulier sponsa jusserit ei, qui se debitorem mulieris putabat, dotis nomine promittere ac solvere sponso suo: nuptiis namque secutis, ac dotis solutione facta, non contra maritum, cui solutum est (quippe suum gessit negotium, nec indotatam duxisset) sed contra mulierem errore comperto condictionem solventi competere, responsum est, quasi ipsi mulieri datum esset, quod ejus jussu debitor putativus sponso dedit. Pari ratione, si quid, *adjecto solutioni* indebite solutum sit, non ab eo, sed ab ipso stipulatore (qui sibi aut adjecto stipulans, mandat adjecto solvi.), repetitionem habet, qui solvit, *l. qui hominem* 34. *pr. l. si ita stipulatur* 59. *in fine ff. de solut.* Et generaliter, quicunque pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegatus est, ei adversus delegantem accommodari condictionem, Antonius rescripsit *l. si citra* 2. *C. h. t.*

12. Tendit indebiti condictio ad id, ut, quæ indebite facta sunt, quantum ad suos effectus infecta reddantur, quoad ejus fieri potest, adeoque cautiones interpositæ viribus carere jubeantur, sin infecta fieri nequeant cum condicentis utilitate, æstimatio factorum præstetur ab his, quibus ea profuerunt, ut plenius tradidi *tit. de inoff. testam. numer.* 18. Si possessionem alienæ rei indebitam quis solverit, dum se ad possessionem solvendam seu transferendam devinctum opinabatur, ipsa quoque possessio indebite translata condici hac actione potest, etiamsi jam tanto temporis spatio per accipientem res possessa sit, quantum secundum leges sufficit ad usucapionem aut præscriptionem rei adversus verum ejus dominum adimplendam, *l. indebiti soluti* 15. *§.* 1. *ff. h. t.* arg. *l. si alienam* 13. *ff. de mortis causa donat.* Quod enim is, qui possessionem non debitam nactus erat, etiam directum aut utile rei dominium per usucapionem aut præscriptionem adeptus fuit, id non aliunde factum, quam ex eo, quod in ipsum possessio indebite translata erat; ac proinde, quemadmodum ipsa possessio, indebite tradita, jure optimo per hanc repetebatur condictionem, ita quoque cum possessione redeunte redire simul debebat omnis istius possessionis sequela, adeoque etiam dominium directum vel utile, longi temporis possessione non debite translata quæsitum, arg. *d. l. si alienam* 13. *ff. de mortis causa donat.* Quod si res non debite solutæ seu traditæ sint, eas una cum accessionibus & fructibus restitui, hac actione desideratur, *l. indebiti soluti* 14. *ff. h. t. l. videamus* 38. *§. item si indebitum* 2. *ff. de usuris.* Si tamen res per accipientem bona fide divenditæ sint, licet viliore pretio, non nisi pretium, quod inde redactum, reddendum est; cum placuerit & hic, bonæ fidei possessores non ultra teneri, quam in quantum locupletiores inde facti sunt, *l. idem est* 3. *l. si non sortem* 26. *§. libertus* 12. *post med. ff. h. t.* Plane, si res fungibiles indebite solutæ sint, in restitutione ratio usurarum habenda non est; eo quod hæc actio stricti juris est, in qua nullæ ex mora usuræ debentur, *l.* 1. *C. h. t.* Cui non adversatur *l. ult. in fin. ff. de constit. pecun.* cum agat de usuris, ipsius indebitæ sortis nomine solutis, repetendis, quod licet, *l. si non sortem* 26. *§. si quis falso* 2. *ff. h. t.* Nec recte cum nonnullis exceperis casum illum, quo indebitum accipiens, id, quod acceperit, fœnori collocavit, & usuras ipse consecutus est, quasi & tunc eas una cum sorte indebita restituere compellendus esset. Etenim durum nimis foret, sortem quidem indebite solutam, & ab accipiente fœnori collocatam, periculo ejus esse, qui bona fide collocavit; commodum vero, qualis est usura, ei cedere, qui indebitum solvit, cujusque periculo sors non est; cum ex adverso æquum natura visum fuerit, eum usuras retinere, ad cujus periculum sors pertinuerat, *l. si unus* 67. *§. si unus* 1. *ff. pro socio*, *l. idemque* 10. *§. si mandavero* 8. *ff. mandati*.

13. Quod si sors ipsa soluta debita fuerit, usuræ autem solutæ indebitæ, usurarum repetitio denegata est, *d. l. si non sortem* 26. *pr. ff. h. t.* sive usuræ civiliter tantum indebitæ fuerint, naturaliter debitæ, pacto forte promissæ in judicio stricti juris, juxta *l. quamvis usura* 3. *C. de usuris*, sive neutro jure debitæ, quia tunc tamen considerari possunt velut antidora, & liberalitas quædam remuneratoria, spon-

te præstita pro concesso beneficio gratuiti usus sortis, Ant. Faber *in rational. ad d. l. 26. in pr.* qualis obligatio ad antidora, etsi solo munita sit pudoris, non item datæ fidei aut promissionis vinculo, arg. *l. sed & si 25. §. consuluit 11. ff. de petit. hered.* sufficiens tamen esse videtur ad impediendam indebiti condictionem. Si enim ne tum quidem repetitio sit, cum quis dedit ob causam præteritam, quam per errorem putabat subesse, veluti, quia aliquid ab eo, cui dat, consecutum se credebat, aut aliquid ab eo præstitum, quod factum non erat, *l. dam. 52. l. in summa 65. §. id quoque 2. ff. h. t.* longe minus condictioni locus esse debet, ubi beneficiis vere provocatus, remunerandi gratia quid dedisse proponitur; cum non alia tunc, quam donationis, conjectura capi possit, arg. *d. l. 65. §. 2.* eoque facit etiam, quod libertus, qui officiales patrono operas præstitit, ad quas sola libertatis præstitæ recordatione & gratitudinis naturali ratione obligatus erat, easdem haud potuerit ut indebitas condicere, *l. si non sortem 26. §. libertus 12. ff. h. t.* Toldenus ad *Cod. h. t. num. 5.* Ant. Matthæus *de obligation. disput. 25. num. 27.* Si tamen usurarum, ita indebite pro sorte debita solutarum, quantitas egrediatur legitimum usurarum modum, quod excedit, sorti imputatur, & velut sors hac repetitur indebiti condictione, *d. l. si non sortem 26. pr. & §. 1. ff. h. t.*

14. Ceterum onus probandi indebitum esse, quod solutum est, incumbit actori; quia præsumtio pro eo est, qui accepit; dum is, qui solvit, non ita resupinus creditur, ut facile suas pecunias jactet, & indebitas effundat, *l. cum de indebito 25. ff. de probation.* nisi actor miles sit, aut mulier, aut minor; aut majorennis quidem, sed agricultor, & forensium rerum expers, vel simplicitate gaudens; quippe qui omnes in adversarium rejiciunt probandi onus, *d. l. 25. §. 1.* vel nisi reus hac conventus actione, negaverit solutionem sibi factam esse, & mendacii convincatur; tunc enim, quia semel in mendacio deprehensus, atque ita malus probatus, deinceps in eodem mali genere semper malus, adeoque mendax præsumi debet, ea juris præsumtio, contra eum ex mendacio præcedente nata, eundem probandi gravat necessitate, *d. l. 25. pr. ff. de probation.* Probasse autem indebiti solutionem actor inter alia & tunc existimandus est, cum duas debiti ejusdem apochas, diversis conscriptas temporibus, quarum posterior nullam prioris mentionem habet, producit; in quantum saltem post triginta dierum lapsum (intra quos exceptio non numeratæ pecuniæ potuisset apochæ priori opponi, *l. in contractibus 14. §. super 2. C. de non num. pecun.*) is, contra quem apocha duplex producta est, numerationem ex una secutam non esse, teneretur docere, Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 14. defin. 70.*

15. Cessat autem variis in casibus facultas condicendi indebite soluta: puta, quoties solutio facta est illis ex causis, in quibus lis inficiando in duplum crescit, *l. ea, qua 4. C. h. t. §. ult. Instit. de oblig. qua quasi ex contractu*, eo quod ab initio simplum solvere maluisse censetur, quam per inficiationem sese periculo condemnationis in duplum exponere, atque ita super duplo quasi transegisse; at si quid transactionis causa datum fuerit, condici nequit velut indebitum, etiamsi res nulla media fuerit, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite discessum, causa videtur esse: nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit; videtur enim vocula *ita* subaudienda, ut sensus sit, *nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit, l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. h. t. l. si citra 2. C. h. t.* Sed cum moribus nulla lis ex inficiatione in duplum crescat, atque adeo nec transactio quædam in eo, qui istis ex causis solvit, concipi queat, consequens est, etiam nunc illis indebiti condictionem oportere dari, qui probare poterunt, se quasi ex lege Aquilia vel deposito miserabili, vel ex causa legati venerabilibus locis relicti, solvisse, quod debitum non est, Groenewegen ad *§. ult. Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, parens p. m. Paulus Voet ad *d. §. ult. num. 2.* Quamvis de cetero adhuc hodie ita jus sit, ut ex causa transactionis solutum condici nequeat, convenienter juri Romano: uti nec, quod solutum ex causa jusjurandi, *l. non erit 5. §. dato 2. ff. de jurej.* vel rei judicatæ, *l. 1. C. h. t. l. cum putarem 36. ff. famil. ercisc. l. ex causa C. de compensat.* quia res judicata pro veritate habetur, *l. ingenuum 25. ff. de statu homin.* & olim judicati actio ex inficiatione in duplum crevit, teste Paulo *recept. sent. lib. 1. tit. 19. & lib. 5. tit. 5. §. 7.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 30. num. 30. & seqq.* nisi transactio, ob quam solutum est, ab initio inutilis fuerit, vel, cum ab initio substitisset, post ea infirmata sit, vel credita fuerit intercessisse, quæ vere interposita non est, *l. eleganter 23. pr. & §. 1. & 3. ff. h. t.* vel nisi evidens in jurejurando calumnia probata sit; ut dixi *tit. de jurejur. num. 25.* vel sententiæ ex falsis allegationibus latæ auctoritas rescissa sit, ut explicui *t. familiæ ercisc. num. 34.* vel is, qui condemnatus erat, ut debitum quoddam solveret, post solutionem ex condemnatione factam reperierit apocham qua id debitum jam ante litem motam aut latam sententiam solutum patet: petita in omne eventum in integrum restitutione adversus illam rei judicatæ auctoritatem, quam hoc in casu ratam manere, iniquum prorsus foret, arg. *l. si fallo 2. ff. de condict. sine causa*, Ioh. Papon *lib. 10. t. 6. art. 1.* Costalius ad *d. l. 2. ff. de condict. sine causa.* Si tamen ob rem non defensam quis solvere condemnatus fuerit, solutum non repetit, etsi postea defendere paratus sit, & nihil deberi docere possit: eo quod non tam indebitum, quam potius negligentiæ vel contumaciæ pœnam solvisse intelligitur, *l. qui ob rem 35. ff. h. t.* arg. *l. si ex duobus 14. §. 1. ff. judicatum solvi.*

16. Deneganda insuper hæc condictio, quoties ei specialiter renunciatum est; aut solvens adjecit, se donare, si quid indebite solutum sit, arg. *l. in summa 65. §. id quoque 2. ff. h. t. l. si inter patrem 6. C. de solution.* Generalis sane renunciatio condictioni huic impedimentum non facit; qualis est pactio illa, quæ in pariationibus (id est, computationibus hinc inde ita factis, ut nihil debeatur), adscribi solet in hunc modum, *ex hoc contractu nullam intra se controversiam amplius esse, l. ult. §. idem quæst. 3. ff. h. t.* ibique Costalius & Gothofredus *in notis*. Sed &, si insignis appareat pietatis ratio, indebiti soluti repetitio non datur: unde si mulier in ea opinione fuisset, ut se pro dote obligatam crederet,

quicquid dotis nomine marito dederit, non repetit; quia, ut Julianus ait, sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest, *l. cum is* 32. *mulier §.* 2. *ff. h. t.* Quomodo etiam de patre cautum est, eum si falso existimans, se filiæ suæ debitorem esse, dotem promiserit, obligatum fore, *quemadmodum* 46. *§. ult. ff. de jure dot.* Et his simile est, si commiserationis intuitu indigentibus, vel proximis, indebitum solutum sit, arg. *l. patrem* 16. *C. de nuptiis*, *l. & si quis* 14. *§. sed interdum* 7. *ff. de religios.* Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *n.* 33. Non tamen, si maritus uxori amplioris dotis restitutionem per errorem promiserit, qua accepit, *l. pen. §. mulier* 4. *ff. soluto matrim.*

17. Præterea condictioni indebiti locus non est, si solutum sit ex illis causis, ex quibus retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, *l. ex quibus causis* 51. junct. *l. si in area* 33. *ff. h. t.* Aut si secundum dicta in pr. hujus tituli solutum fuerit quod civiliter quidem indebitum, naturaliter vero debitum est. Ut tamen quandoque & illud, quod natura debitum si solutum sit, condici possit tamquam indebitum; dum jus civile improbavit debitum illud naturale; idque vel propter publicam utilitatem; uti id apparet in donatis contra legem Cinciam aliasque posteriores, naturalem donandi libertatem coarctantes, *l. ut mihi* 21. *§. ff. de donat.* junct. *l. sancimus* 34. *pr. C. eod. t.* vel debitoris ipsius favore. Qua ratione, tametsi verum est, mulierem ex tua intercessione, pupillum, prodigum, minorem curatoris arbitrio subjectum, sine tutoris aut curatoris auctoritate contrahentes naturaliter obligari, *l.* 1. *in fine ff de novation.* relicta supra dodrantem legata, secundum juris naturalis præcepta deberi: si tamen ex his causis solutio contigerit, efficit sexus & ætatis ac prodigorum infelicium favor atque commiseratio, quin & utilitas hæredis, contra legem Falcidiam, in suum commodum introductam, legatis gravati, ut condictio soluti per leges data fuerit mulieri intercedenti, *l. qui exceptionem* 4. *ff. h. t.* pupillo, prodigo, minori sine tutore aut curatore promittenti, *l. interdum* 29. *l. quod pupillus* 41. *ff. h. t.* junct. *l. is, cui bonis* 6. *ff. de verbor. obligat. l. si curatorem* 3. *C. de in integrum restit. minor.* heredi supra dodrantem onerato; *l. error facti* 9. *C. ad leg. Falcid.*

18. De pœnis solutis, utrum hae condictione repeti possunt, dicendum videtur, non facile quidem præsumendum esse, quod quis pœnas indebitas sponte sua soluturus sit, nullius maleficii sibi conscius; illis præsertim ex causis, in quibus ex inficiatione nullum subest dupli periculum; sed tamen probato evidenter indebito, ejus quoque, quod pœnæ nomine solutum est, repetitionem esse, ubi statim ab initio, non demum ex inficiatione, lex dupli vel quadrupli actionem dat. Ita Ulpianus in *l. elegamer* 23. *§. ult. ff. h. t.* nullo modo sibi, aut Gajo, contrarius, dum ipse alibi scripsit, *pœnas non solere repeti cum dependitæ sunt*; *l. pœna* 42. *ff. h. t.* & Gajus, *id quod a quoque pœnæ nomine exactum est, eidem restituere neminem cogendum*, *l. quod a quoquo* 46. *de reg. jur.* Cum leges istæ de illis sint accipiendæ casibus, quibus pœna soluta ab initio debita erat, sed post solutionem aliquid supervenit, quod videri posset eandem deinceps indebitam efficere. Qua ratione, si legatarius, pendente legati conditione, de tabulis testamenti exhibendis egerit, possessor autem tabularum ob eas ex contumacia non exhibitas in id quod interest condemnatus solverit repetitionem ei non dari, idem Ulpianus docet, etsi postea legati conditio defecerit; quia pœna contumaciæ est præstita ab eo, qui non exhibet, *l. locum habet* 3. *§. & si sub* 14. *ff. de tabulis exhib.* Similiter eum qui ex lege Julia ambitus damnatus centum aureorum pœnam solvit, in integrum restitutum pecuniam non recipere, Modestinus auctor est, *l.* 1. *§.* 2. *ff. de l. Jul. Ambi. us.* Sed &, qui ob rem defensam quid solvit, quamvis postea defendere paratus sit, non repetit quod solvit, *l. qui ob rem* 55. *ff. h. t.* Denique nec debitorem, si furtum pignoris fecerit creditori, pœnamque ei solverit, cum pignore pœnam recuperare, Ulpianus definit *l. si pignore* 22. *pr. ff. de pignorat. act.* Cujacius *lib.* 8. *observat.* 39. Cum tamen alioquin in levioribus quibusdam pœnitentiæ locus sit, & quis faciendo id, ob quod non factum jam ad id, quod interest aut pœnam cœperat obligatus esse, vel etiam condemnatus, evitet tamen pœnæ præstandæ necessitatem: ut id apparet in debitore, qui propter contumaciam circa pignoris restitutionem jam creditori damnatus, solvendo quod debet, evitat pœnam, *legem si fundus* 16. *§. si pluris* 6. *ff. de pignor. & hyp.* quemadmodum & in filio vel liberto, qui, sine venia parentem patronumque vocando cœperat ad aureos quinquaginta obligatus esse, ex pœnitentia absolvitur a pœnæ præstandæ necessitate, *l. quamvis* 11. *ff. de in jus voc.*

19. Quod si secundum mores hodiernos mulier, quæ in mariti sui perpetua tutela est, stante matrimonio sine viri consensu contraxerit illis in causis, quibus id lege municipali vel consuetudine interdictum est atque etiam solverit, in Hollandia magis est, naturalem istam mulieris obligationem impedimento non esse, quo minus soluta maritus stante matrimonio; ipsa vero mulier eodem dissoluto, condicat; etiam tunc, cum demum post obitum mariti, jam sui juris effecta, debiti talis durante maritali potestate contracti solutionem fecit; si modo errans, ac putans se efficaciter obligatam, solverit; cum in Hollandia tale debitum numquam convalescat, atque adeo verum sit, etiam tunc, cum post obitum mariti uxor id solvit, indebitum dari. Secus, si non ignara juris sui, se scilicet invitam ad solutionem compelli non posse sponte tamen sua creditori satisfecerit, & sic agnoverit impleveritque bonam fidem; cum enim jam ejus conditionis sit, ut & nova debita suo queat arbitrio contrahere, ac semet ipsam efficaciter obligare, quid ni ratam quod ex certa scientia habere ac confirmare contractam ab initio lege refragante obligationem, ac eo illam habere loco, quasi non viro vivente sed ipso jam mortuo nata esset? Contrarium Ultrajectinis placuit, apud quos ita jus est, ut mulier stante matrimonio clam viro contrahens virum quidem obligatum non reddat, ipsa tamen efficaciter obligetur, sed dilata executione in illud tempus, quo per matrimonii diremtionem tutoria mariti sui potestate incipiet soluta esse. Sive ergo debitum tale ipsa solverit soluto matrimonio cessat repetitio, quia id solvit, quod jam naturaliter & civiliter debitum exactionem habet.

Sive ex opposito solutionem fecerit durante adhuc conjugio, maritus quidem id, quod ab uxore solutum est, suo jure suoque nomine revocare potest, ne alioquin ex facto uxoris patiatur dispendium, dum cariturus esset solutorum usu & utilitate: ipsa vero mulier nec soluto matrimonio condicit ea, quippe jam pleno jure debita, nec eodem durante; tum quia sine viro non habet legitimam personam standi in judicio; tum quia mulieris intuitu ex tali obligatione natum est debitum in diem, certo certius extiturum, certamque exactionem habiturum, puta, nuptiis dissolutis; etsi incertum sit, quando illa dissolutio secutura sit. Quod autem ita in diem certo extiturum debetur, id ante illum diem solutum repeti non potest indebiti condictione, ac ne medii quidem temporis interusurium peti, secundum ante dicta *h. t. numer.* 5. Confer Rodenburgium *de jure conjug. tract. prælim. de statut. divers. cap. ultim. pag.* 186. & *seqq.* Porro eadem ratione qua debitum a muliere, clam viro, contractum atque solutum, repeti potest tamquam indebitum, etiam defendi potest, recuperari posse indebiti condictione feudum, quod per vasallum, non obtenta a domino directo testandi licentia, legatum fuit, si successor feudalis errore facti lapsus, dum putat, testandi veniam obtentam esse, vel rem allodialem esse credit, eandem ex causa legati legatario præstiterit; quia scilicet debitum naturale quale feudi, sine domini assensu legati, usu hodierno prorsus improbatum est; ut post alios Petrus Bort *de feud. Holland. part.* 5. *t.* 2. *cap.* 1. *n.* 50. *pag. mihi* 74.

20. Coronidis loco commodnm fuerit hic subnectere paucis, quoad ejus fieri potest, illustratam facti speciem, quæ est in *l. frater a fratre* 38. *pr. ff. h. t.* scillicet, *frater a fratre, cum in ejusdem* patris *potestate essent, pecuniam mutuatus*, incepit fratri, ex peculio suo mutuum danti, ac per hoc etiam patri, cui jure patriæ potestatis per filiumf. mutuantem obligatio quærebatur, naturaliter obligatus esse. Hanc ergo pecuniam ita debitam frater debitor *post mortem patris*, ac divisam inter se ac fratrem creditorem paternam hereditatem, *ei solvit. Quæsitum est, an* frater debitor, id quod sic solvit *repetere possit? Respondi, utique quidem pro ea parte, qua ipse*, qui solvit, *patri heres extitisset repetiturum*, cum eatenus etiam successerit in peculium fratris creditoris, paternæ hereditati per collationem unitum, atque ita inceperit sui ipsius debitor & creditor esse; quo fit, ut etiam statim ea pro parte debitum confusione extinguatur: cui consequens erat, id post talem confusionem & obligationis interitum persolutum erat, optimo jure ut indebitum condici: *Pro ea vero parte, qua frater* creditor *heres extiterit*, fratrem debitorem *ita repetiturum*, *si non minus ex peculio suo*, quod ipse, patri una cum fratre creditore succedens, eidem fratri creditori contulerat, *ad fratrem* creditorem *pervenisset*; dum forte frater debitor trecenta habens in peculio, unde centum fratri debebat, integra trecenta contulit, non deductis istis centum fratri debitis. *Naturalem enim obligationem*, quæ inter fratrem debitorem & fratrem creditorem adhuc post patris obitum ante collatum peculium substiterat, *hoc ipso sublatam videri, quod peculii*, per fratrem debitorem sine debiti deductione collocati, *partem frater* creditor *sit consecutus*. Cum enim peculium, æque ac hereditas, universitas juris esset, commoda pariter & onera continens, fieri aliter haud poterat, quam ut, quemadmodum hæres pro ea parte, qua heres est, onus æris alieni hereditarii agnoscere tenetur, ita quoque hic frater creditor, adeptus ex collatione partem dimidiam peculii ad fratrem debitorem pertinentis, etiam pro rata partis illius ferret onus æris alieni peculiaris; atque ita ipse quoque partis istius intuitu inciperet sui ipsius creditor & debitor esse; quo ipso cum altera quoque pars debiti per confusionem extincta esset, frater debitor postea solvens non intelligi alteram quoque debiti partem indebite solvisse. Totum vero decisionis hujus posterioris fundamentum in eo est, quod onus peculii sequatur peculium, gravetque eum, qui peculium cedit, ac ex peculio deducendum sit, *adeo ut, si prælegatum filio eidemque debitori id* debitum *fuisset*, non *peculium* ut aliis placet; cum & debitum seu liberatio debitori in jure nostro prælegari dicatur, *l. non solum* 8. *ff. si heres* 6. *ff. de liberat. leg.* quia debitor rei debitæ dominus est, *l. ff. eod. t.* habetque jam legatum penes se, *l.* 1. *§.* 2. *ff. ut in possess. legat. §. deductio hujus debiti a fratre* debitore (non creditore, ut aliis videtur) *ex eo fieret* peculio, ad cuius collocationem frater debitori jure communi obligatus erat, sic ut tunc trecenta secundum exemplum superius positum, sed sola ducenta conferre tenetur, deductis centum sibi prælegatis, & nihilominus peculio ducentorum manente gravato per illud onus æris alieni aureorum centum, quos frater a fratre ante patris communis obitum mutuos acceperat. Unde etiam fit, ut frater debitor ducenta conferens, ex quibus centum per divisionem cedebant fratri creditori, simul in eum quoque transferret onus æris alieni, peculio coherens, pro parte dimidia seu pro quinquaginta: quæ quinquaginta dum hac ratione sibi ipsi incipit debere frater creditor, extingui hactenus debitum necesse fuit; atque ita ex collatione tandem frater creditor cum effectu nil præter quinquaginta hoc casu lucratur. Ut autem hæc deductionis facultas fratri debitori magis assereretur argumentum in sequentibus hujus legis verbis dabitur a potestate repetendi, si forte non fratri, sed extraneo debuisset frater ex suo peculio id, quod ei pater prælegavit, (nam & liberatio legari potest ratione ejus, quod legatarius non testatori sed extraneo debet, ad id, ut heres extraneo creditori pro legatario solvat, *l. liberationem* 3. *§. ult. l.* 4. *l. non solum* 7. *ff. de liberat. leg.*) & ipse extraneo isti creditori solvere coactus fuisset, postquam contulerat jam peculium, non trecentorum, sed ducentorum; quippe, propter prælegatum illud debitum, jam centum aureis diminutum: atque inde concluditur, longe magis ergo per fratrem debitorem, re integra, tempore eo, quod inter ipsum & fratrem paternæ hereditatis & peculii collocati divisio fit, peti posse, ut usque ad quantitatem debiti peculiaris, adhuc exsolvendi, a fratre coherede indemnis præstetur. Cumque fratri debitori ita consulendum esset, ubi extraneo debebat, longe magis ei similiter consulendum fuisse, si non extraneo, sed fratri debitum, pater ei prælegasset. Ait enim Africanus, *id maxime consequens esse ei sententiæ, quam Julianus probaret, si extraneo quid debuisset* frater debitor, *& ab eo* per creditorem *post mortem patris exactum esset, tantum judicio familiæ*

erciscunda recuperaturum fratrem debitorem *a coheredibus fuisse, quantum ab his* coheredibus *creditor actione de peculio consequi potuisset*; ut ita onus peculii gravaret peculium, seu possessores ejus. *Igitur & si re integra familia erciscundæ agatur*, cum nondum extraneus peculii creditor a fratre debitore debitum exegisset, *ita peculium* fratris debitoris deducto prælegato collatum *dividi æquum esse, ut ad quantitatem ejus* debiti *indemnis a coherede* frater debitor *præstetur. Porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse servandum*. Ex qua legis hujus explicatione apparet, inde a verbis *adeo ut*, ad finem principii, tractationem esse de eo, quod frater debitor nomine peculii sui conferendi, sive fratri, sive extraneo creditor debet, quodque ipsi fratri debitori per patrem prælegatum est, & qua ratione ille legati commodum sentiant, ac nihilominus onus peculii peculium gravet. Sane ut apertius dicam, frater debitor sentire debet emolumentum debiti, sibi a patre prælegati: non sentit autem, nisi deducat ex peculio, quod collationi obnoxium est, id quod debet, & deductum sibi soli retineat; nam si id, quod deduxerat, deinde fratri vel extraneo creditori solvere cogeretur, quid obsecro, proficeret ei debiti prælegatum? Ergo si fratri debeat centum, tota illa centum deducere potest ex peculio conferendo, & liberatur insuper a fratre suo creditore; si extraneo centum debeat, tunc quoque ista ante peculii collationem deducit, & sibi servat, & si postea ab extraneo illo creditore solius in solidum ad centum aureos solvendos conventus fuerit, (ut potest, quia ipse contraxit, & ex suis contractibus, non obstante patria potestate, obligari & conveniri ut paterfamilias potest, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de oblıgat. & act. tot. t. ff. quod cum eo, qui in alien. pot.*) solutum recuperare debet eatenus a fratre coherede, quatenus ille peculii per fratrem debitorem collati possessor est, & ut talis per extraneum creditorem actione de peculio conventus, præstare debuisset. Quo fit, ut onus peculii sequatur peculium, & simul prælegatum, fratri uni a patre relictum, el salvum sit, & ex peculio fratris debitoris collato frater alter sit idem habiturus, sive ipse sui fratris creditor extiterit, sive extraneus crediderit fratri debitori. Si enim, ut plenius exemplo illustretur, frater debitor trecenta habeat in peculio, & fratri suo centum debeat ex illo peculio, pater autem, in cujus erant potestate, fratri debitori illud debitum prælegaverit; prælegatum debitæ quantitatis, seu centum aureorum, ex peculio trecentorum deducet frater debitor, conferetque ducenta, inter se & fratrem creditorem æqualiter dividenda, sic ut singulis centum cedant. Sed quia frater debitor priora centum ex causa prælegati perceperat, ac propterea ipsum debitum aureorum centum, hac ratione non extinctum, etiamnum restabat ex collato ducentorum peculio exsolvendum, ideo onus illud pro parte dimidia gravans fratrem creditorem, cui parte dimidia peculii ducentorum ex collatione obvenerat, effecit, ut frater creditor sibi ipsi inciperet pro ea parte debitor simul & creditor esse, atque ita careret exactione aureorum quinquaginta, sibi, proprii peculii nomine debitorum. Unde re ipsa frater creditor ex collato fratris debitoris peculio, trecentis constante, sola habet quinquaginta, quasi non ultra centum in universum eo in peculio fuissent reperta, quippe quod tum centum prælegatorum, tum centum ex eo peculio debitorum deductione huc usque fuerat diminutum. Rursus, si non fratri, sed extraneo, debitum fuerit a fratre ex peculio trecentis constante, primo quidem ex trecentis deducet ille centum, quæ extraneo debet, a patre sibi prælegata, ut fruatur legato; quo facto, inter fratres duos simul patris sui heredes, collatum fratris debitoris peculium ducentorum æqualiter dividendum venit. Sed si deinceps extraneus ille creditor a fratre debitore integra centum petat, uti potest secundum ante dicta, & obtineat; fratri debitori concessum est agere cum fratre suo, qui centum ex collatione ac divisione peculii ducentorum consecutus erat, ut, cum ipse integra centum extraneo præstiterit creditori, sibi a fratre quinquaginta reddantur, utpote ad quæ quinquaginta is, tanquam peculii collati pro semisse dominus & possessor effectus, potuisset actione de peculio per creditorem extraneum conveniri: atque ita hoc quoque casu ad fratrem ex peculii collatione non amplius est perventurum, quam quinquaginta, peculio scilicet & hic per duplicem illam centum prælegatorum centumque debitorum detractionem ad centum usque diminuto. Quod si necdum extraneus creditor adversus fratrem debitorem expertus fuerit, in divisione tamen hereditatis paternæ & peculii ducentorum collati æquum est, id caveri, ut ad quantitatem debiti, adhuc solvendi, frater debitor a fratre creditore indemnis præstetur. Verbosiorem me jussit esse nova legis hujus interpretatio, dum aliorum commentarios perplexos nimis, nec satis verbis legis accommodatos deprehendi: quos qui scire cupit, videat Cujacium *tract.* 9. *ad Africanum ad d. l.* 38. Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* Wissenbach *ad Pandect. h. t. vol.* 1. *disput.* 25. *n.* 14. *& seqq.* Struvium *ad Pandect. h. t. n.* 34.

TITULUS VII.

De Condictione sine causa.

SUMMARIA.

1. *Condictio sine causa generalis est vel specialis, concurrit generalis cum variis aliis condictionibus, etiam cum actione locati conducti.*
2. *Quid sit specialis condictio sine causa? datur pro repetendo chirographo quod sine causa apud creditorem est; item cum tertius meam pecuniam sine mea voluntate suo solvit creditori: vel cum datum est ob causam, quæ vere subest, sed est ipso jure nulla, puta, ob matrimonium nullum.*

1. Condictio sine causa est actio personalis, qua repetitur res apud alium sine causa existens, licet antea causa subfuerit. Et vel generalis est vel specialis: generalis, quæ cum aliis condictionibus concurrere potest, veluti condictione indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem injustamve causam, aliisque similibus: cum utique his omnibus in casibus res merito dici possit sine causa penes possidentem esse, *l.* 1. *ff. h. t.* sed & cum locati actione; nam si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis, domino pretium ex locato conventus præstiterit, posteaque dominus inveniret vestimenta, non

solum ex conducto habebit actionem, sed & sine causa condictionem; etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur pretium eorum, *l. si fullo* 2. *ff. h. t.* Idemque juris est, si quis, cum in annum habitationem condixisset, pensionem totius anni ab initio dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel consumta sit: etsi enim residui temporis pensio condictione indebiti repeti nequeat, tamen residui temporis mercedem sine causa penes locatorem esse atque adeo condictioni sine causa locum fieri, dubium non est: locati vero actionem eandem ob causam recte moveri, Mela scripsit, *l. sed addes* 19. *§. si quis, cum* 6. *ff. locati.*

2. Specialis sine causa condictio est, quæ tunc locum habet, cum aliis actionibus locus non est; veluti ad repetendum chirographum, quo quis se obligavit, cum pecunia numerata non esset, vel numerata quidem sed iterum reddita; eo quod tum dissolutæ quantitatis retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanet, *l.* 2. *l. ult. C. de condict. ex lege & sine causa.* Etsi enim creditori actio ad exhibendum competat pro chirographis solutione inanibus factis, quoties illa apud alium quam debitorem sunt; quia creditor ad ea debitori restituenda obligatus manet, *l. solutione* 18. *ff. ad exhibendum*, non tamen debitori, quippe non tam exhibitionem, quam potius restitutionem desideranti, datus: ac proinde huic ad hanc sine causa condictionem recurrendum fuit. Sed & speciali condictioni sine causa locus esse videtur in casibus *l. si servus* 24. *§. servum* 1. *l. servus, quem* 30. *pr. ff. de. action. emti*; aut, cum pecuniam meam tertius suo solvit creditori sine mea voluntate; cum utique mei intuitu nummi mei sine causa penes tertium sint, *l. si & me* 52. *ff. de rebus creditis*, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 48. 49. Denique etiam, cum datum est, ob causam, quæ quidem vere subest, sed tamen ipso jure nulla est; etiam tunc dantis simul & accipientis turpitudo concurrat, si modo non ob ipsam turpitudinem quid datum appareat. Ita, cum avunculo nuptura, vel noverca privigno, vel socero nurus, pecuniam dotis nomine dedisset, ac nuptiis deinde non secutis, de repetendi facultate quæsitum esset, responsum e Papiniano fuit, cum ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem; & in delicto pari potiorem esse possessorem; eamque rationem fortassis aliquem secutum, respondere non habituram mulierem condictionem; sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse; cum pecunia, quæ daretur, in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datum esse, *l. ult. pr. & §.* 1. *ff. h. t.*

LIBER TERTIUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Condictione furtiva.

SUMMARIA.

1. *Quo sensu dominus dici possit rem suam condicere a fure?*
2. *Quid sit condictio furtiva? datur solis dominis, qui & tempore furti facti, & quo agitur, domini sunt, non illis, qui tantum alterutro tempore dominium habuerunt.*
3. *Non datur commodatario, depositario. An & quatenus detur creditori, cui pignus surreptum est? & quid moribus?*
4. *An contra heredes furis condictio furtiva in solidum detur, licet nihil ex re furtiva ad eos pervenerit?*
5. *Quo usque detur contra dominum aut patrem servi aut filiifamilias furis? An servus post manumissionem condictione furtiva conveniri possit? An qui non contrectarunt, sed tantum ope vel consilio juverunt? Quid juris, si plures contractando furtum fecerint?*
6. *Ad quid tendat hæc actio? quid si res dolo, culpa, casu perierit? cujus temporis æstimatio præstanda sit?*
7. *Habet locum, sive proprietatis sive possessionis aut usus furtum factum sit; atque etiam pro rebus immobilibus vi possessis.*
8. *Recensentur casus, quibus cessat furti condictio, inter quos, si dominus sua voluntate a sponte dominium amiserit; aut ei a fure satisfactum sit.*

1. ODio furum id jure singulari inductum fuit, quod quis rem suam condicere possit furto subductam, petendo, furem heredemve ejus condemnari, *si apparet eum dare oportere:* cum alioquin certum sit, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere; scilicet, quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat; nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest, *§. sic itaque* 14. *Instit. de action. l. ult. in fine ff. usufruct. quemad. caveat.* Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum transferat; si quidem datio tunc latius & sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed pro quali quali possessionis translatione; eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, manumissio de manu datio, & ex depositi commodati pignorisve causa res dari, dum traditur. Quamvis & fur heresque ejus certo casu dare de suo teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res. Adde Wissenbach *ad Pand. h. tit. vol.* 1. *disput.* 26. *num.* 1.

2. Est autem condictio furtiva personalis actio, non modo delicti occasione introducta, sed magis ex ipso famoso furti delicto data, nata, pendens, *l. si mulier* 21. *pen. & ult. ff. de act. rerum amot. l. cessat* 36. *ff. de obligat. & action.* rei persecutoria ex parte actoris, *d. l.* 21. *§. pen.* pœnalis ex parte rei, in quantum hac conventus actione condemnatur,

licet nihil ex re furtiva ad eum pervenerit, aut casu perierit: competens soli domino, *l. 1. ff. h. t.* ac ne promiscue quidem omni, sed ei tantum, qui & tempore furti facti, & quo agitur, dominus fuit. Nam si alterutro tempore res furtiva ad alium pertinuerit; aut facto domini furtum passi amissa sit, huic actioni locus non est. Unde, si defunctus furtum passus rem furtivam actu inter vivos alienaverit, vel alteri pure legaverit, nec heredi condictio furtiva accommodanda est, quia dominus non est, dominio rei per defunctum ipsum adhuc viventem jam amisso, vel recta via a defuncto in legatarium jam translato, secundum *l. a Titio* 64. *in fine ff. de furtis*, nec legatario, quia tempore furti commissi dominium needum adeptus fuerat; ut tamen huic, velut domino præsenti, rei vindicatio danda sit, *l. sive manifestus* 10. *§. ult. l.* 11. *ff. h. t.* Plane, si non pure, sed sub condictione rem furtivam alteri legatam proponas, quin heres recte hac experiatur actione, dubium non est, cum ex defuncti persona consideratus utroque tempore rei dominium habuisse intelligatur, *l. si servus* 14. *pr. ff. h. t.*

5. Longe magis condictio furtiva illis deneganda, qui neutro tempore dominium habuerunt, quales commodatarii, depositarii, aliique his similes, *l. eum, qui emit* 14. *§. qualis ergo* 26. *ff. de furtis*, ut tamen hujus actionis intuitu tutores & curatores pupillorum similiumque furta perpessorum pro dominis habendi sint, *l. interdum* 56. *§. qui tutelam* 4. *ff. de furtis*, atque etiam creditorem, cui res pignori data est, incerti condictione furtiva acturum, si ea surrepta sit, ex Aristonis sententia Neratius referat, ac post eum Ulpianus in *l. & ideo* 12. *§. ult. ff. h. t.* & quamvis ibidem Ulpianus nec probet nec improbet quæ fuerunt a Neratio ex Aristonis mente scripta; alibi tamen satis evidenter ea firmat, ac tanquam juri convenientia supponit, dum disputat, an ea, quæ creditor per condictionem furtivam tum a debitore, tum ab extraneo consecutus est, debito imputare aut reddere debitori teneatur, *l. si pignore* 22. *pr. ff. de pignorat. actione.* Neque sibi ipsi Ulpianus contrarius credendus est, dum in *d. l.* 14. *§.* 16. *ff. de furtis*, ait, furti quidem actionem competere omnibus illis, quorum periculo res est, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, condictionem autem ei demum, qui dominium habet. Etenim, cum pignoris intuitu denegat creditori condictionem furtivam, soli dat domino, id *d. l.* 14. *§.* 10. & in *l. 1. ff. h. t.* de certi condictione ex causa furtiva accipiendus est, qua res vel certa rei peremptæ æstimatio petitur, dum constat, quid quale quantumque sit, quod furto subductum est. At cum ex Aristonis sententia eandem creditori concedit, in *d. l.* 22. *ff. de pign. act.* & *l.* 12. *§. ult. ff. h. t.* de incerti condictione furtiva loquitur, qua creditor incertam possessionis seu detentionis æstimationem persequitur; dum constat, aliam proprietatis, aliam possessionis æstimationem esse, eumque, qui possessionem condicit, id solum consequi, quanti ejus interest possessionem retinuisse, *l. si duo* 3. *§. ult. ff. uti possid.* quale interesse quia incertum est, prout magis minusve solvendo debitor apparuerit, recte certi condictio creditori denegata, incerta per Ulpianum aliosque concessa fuit. Firmatque hanc conciliandi rationem, quod idem Ulpianus in *l. 1. §. 1. & l. 2. ff. de condict. triticar.* tractans de condictione triticaria, ac statuens, eam alio quo casu domino quoque dari ob rem mobilem furto subductam aut vi ereptam, subjungit, ei quoque, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici, si dominus sit, qui dejectus sit; ceterum si non sit dominus, posse *eum condicere possessionem*, id est, secundum ante dicta, quanti ejus interest possessionem retinuisse. Ceterum nostris & aliorum moribus, insuper habitis subtilitatibus hisce Romani juris, dominos & omnes quorum interest ad repetendum id, quod sibi furto ablatum dicunt, admitti, post alios observat Groenewegen ad *l. 1. ff. h. t.*

4. Datur hæc actio contra furem sive manifestum, sive nec manifestum: etiam quandoque contra uxorem, cum non infamet, *l. & ideo* 3. *§. sed & cum* 2. *ff. de actione rer. amot.* junct. *l. cessat.* 56. *ff. de oblig. & act.* &, si fur furtum rei furtivæ passus sit, contra utrumque, *l. qui re sibi* 76. *§. 1. ff. de furtis*, uti & contra furis heredes, licet infantes, aut furiosos, *l. condictioni* 2. *ff. h. t.* ad solidum rei surreptæ, etiamsi non solidum, sed vel pars tantum, vel nihil penitus, ex re furtiva ad eos pervenerit, *l. in condictione* 9. *ff. h. t.* Ut tamen eo casu, quo plures furis unius heredes sunt, non singuli in solidum, sed tantum pro ea parte, pro qua heredes sunt, conveniendi sint, in quantum ipso jure actiones hereditariæ inter coheredes sive actores, sive reos, divisæ sunt, *d. l. in condictione* 9. *ff. h. t.* junct. *l. pro hereditariis* 2. *C. de heredit. action.* nisi heredum unus rem furtivam in solidum possideat, atque ita rei totius restituendæ habeat facultatem; tunc enim, quin solus in solidum jure vocetur, ac ad restitutionem condemnari debeat, dubium non est, arg. *l. sed mihi §. heres ejus* 3. *ff. commodati, l. si quis* 6. *§. cogentur* 1. *ff. de edendo*. Nec his adversatur, quod rerum amotarum actio in heredes mulieris amoventis non in solidum, sed in quantum ad eos ex re amota pervenit, videatur danda, *l. ult. C. rer. amot.* condictio autem furtiva sic contra furis heredes detur, ut contra mulieris heredes ea, quæ est rerum amotarum *l. contra nurum* 6. *§. item heres* 4. *ff. de act. rer. amot.* Sunt enim, quibus placuit, in *d. l.* 6. *§.* 4. comparationem inter actionem utramque in eo solo positam esse, quod in heredem utraque competat; an autem in solidum, an vero quatenus ad eum ex re furtiva pervenit, non definiri. Sed vix est, ut id admiseris, tum quia ibi generaliter dicitur *heredem mulieris teneri, sicut condictionis nomine ex causa furtiva*; tum quia ipsa rerum amotarum actio furtivæ condictionis species est; sic ut Julianus responderit, *ex persona filiæ, quæ res amovit*, dandam in patrem condictionem in peculium, *l. pen. ff. h. t.* tum denique, quia Ulpianus ab actione rerum amotarum ex facto filiifamilias contra patrem danda in id, quod ad eum pervenit, argumentatur ad condictionem furtivam ex furto filiifamilias dandam in patrem, in quantum locupletior factus est, *l. licet tamen* 5. *§. ex furtiva* 12. *ff. de peculio*. Rectius proinde dixeris cum aliis, non aliam esse *d. legis ultima Cod. rer. amot.* sententiam, quam quod eo casu, quo plures mulieris amoventis heredes sunt, singuli non in solidum teneantur, sed tantum pro portione hereditaria, seu in tantum, *in quantum ad eos pervenit* non ex re amota, sed ex amoventis

hereditate. Donellus *ad tit. C. ex delictis defunct. in quantum hered. ten. num.* 33. Nec est, quod urgeas, & furti condictionem & rerum amotarum actionem non ultra dari contra patrem filiifamilias furtum facientis, & filiæfamilias, res divortii causa amoventis; quam quatenus ad patrem pervenit, adeoque locupletior inde pater factus est, *l. licet tamen* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. de peculio*, ac proinde nec in amplius heredem oportere teneri. Alia namque patris, heredis alia ratio est: cum & ex contractibus filiifamilias pater non ultra vires peculii, heres in solidum obligatus sit: & merito: eo quod pater non voluntate sua, sed & ignorans & invitus, obligationibus per filiumfamilias contractis subjicitur; heres vero sponte sua, ex aditionis facto, a liberrima voluntate profecto; ut proinde nec mirum videri debeat, quod & odium singulare, in fures conceptum, magis gravet heredem quam patrem furum. Minus stringit, quod in *l. si tutor* 8. §. *ult.* & *l.* 10. *ff. de tutelæ & ration. distrah.* traditum est, *furti, damni, injuriæ condictionem* morte tutoris, pupilli rationes distrahentis, interire; cum per *furti condictionem* illic pœnalis furti actio in duplum quadruplumve denotetur, eo quod *condictio* non ad furtum tantum, sed & ad *damnum* & *injuriam* relationem habet, ac proinde, uti non rei persecutoriam, sed pœnalem injuriarum, ac legis Aquiliæ actionem designat, ita quoque eam magis, quæ furti pœnalis est, & propius ad reliquas enumeratas, quam quidem hæc condictio furtiva, accedit; neque novum est, condictione generaliter omnem in personam actionem, vindicationibus seu in rem actionibus oppositam, significari, §. *appellamus* 15. *Instit. de action.* frustra quoque objicitur, condictionem furtivam etiam in immobilibus vi possessis receptam esse, *l. verum est* 25. *pr.* & §. 1. *ff. de furtis*, in heredes autem ejus, qui vi dejecerat, non in solidum, sed in id quod ad eos pervenit actionem dari; sufficere enim, non in lucro versari heredem, nec ipsum debere ex facinore defuncti damnum subire, *l. quod est* 3. *pr. ff. de vi & vi armata*. Etsi enim verum sit, interdictum *unde vi*, & actionem rei persecutoriam doli, quod metus causa, similesque, in heredes non ultra dari, quam quatenus ad eos ex defuncti vi metusve pervenit; non tamen recte ab illis ad condictionem furtivam, odio furum præter communes juris regulas datam, & ideo singularia plura continentem, argumentum transfertur: nam & furis heredes, si rei vindicatione conveniantur, non ultra, quam quatenus facti locupletiores, teneri, in aperto est, arg. *l. cum autem* 52. *ff. de rei vindicat.* quos tamen in solidum pro hereditaria portione conveniri per condictionem furtivam, ex *l. in condictione* 9. *ff. b. t.* probatum est. Objectiones alias plures prolixissime discussas vide apud Ant. Fabrum *Rational. ad d. l.* 9. *ff. b. t.*

5. Contra patrem tamen vel dominum furis non ultra hæc actio competit, quam quatenus ex re furtiva est in peculio; in residuum enim noxæ dedere servum furem dominus potest, & ipse filiusfamilias directa condictione furtiva conveniri, *l. si servus* 4. *l.* 5. *pen. ff. b. t.* & *ideo* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. de action. rer. amot. l. licet tamen* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. de peculio*, plane in servum furem, postea manumissum, nullatenus hæc actio danda est; nisi liber contrectaverit, etsi furti actio in eum detur, *l. quod ab alio* 15. *ff. b. t.* eo quod condictio furtiva, licet ex delicto nascatur, tamen tanquam rei persecutionem continens magis actionibus ex contractu, quam ex delicto, visa fuit assimilanda: expeditum vero est, ex delictis quidem, non autem ex contractibus servilibus, in eosdem postea manumissos actionem superesse, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de obligat. & action.* Sed nec in eos hac actione recte agitur, qui absque ulla contrectatione furtum inierunt; sive solo consilio, sive sola ope, absque rei ipsius furtivæ contrectatione, *l. proinde* 6. *ff. b. t.* quo in numero censendi, qui scalas forte fenestris supposuerunt, aut ipsas fenestras vel ostium effregerunt, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodarunt scientes, §. *interdum* 11. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*. Quibus contrarius non est Paulus, cum ait, ei, qui furem ope juvit, condici posse, non ei, qui solo juvit consilio, *l. sæpe ita* 53. §. *ult. ff. d. verbor. signif.* Non inepte enim de illis intelligi potest, qui ita ope furtum juverunt, ut cum ope simul rei furtivæ contrectatio concurrerit; quod accidit in iis, qui furti juvandi causa trabem aliudve simile, quod unus tollere non posset, de loco in locum una cum fure transportant, non in suam sed furis principalis utilitatem; argumento eorum, quæ a Juliano & Ulpiano tradita in *l. ita vulneratus* 51. §. *ult. in fine ff. ad l. Aquil. l. vulgaris* 21. §. *penult.* & *ult. ff. de furtis*. Quod si plures simul contrectando furtum fecerint; contra singulos quidem in solidum actio comparata est; sed unius præstatione ceteri liberantur; *l.* 1. *C.* 4. *t.*

6. Tendit autem hæc condictio ad id, ut restituatur res surrepta, vel species inde facta, puta, poculum ex argento furtivo, *l. ex argento* 13. *ff. b. t.* una cum fructibus perceptis & percipiendis, *l. in re furtiva* 8. §. *ult. b. t.* junct. *l. domum* 5. *C. de rei vindicat. l. si navis* 63. §. 1. *ff. de rei vind.* ac eo quod interest, *l. si condicatur* 3. *ff. b. t.* aut, si res interiret, præstetur æstimatio quanti res unquam plurimi fuerit a tempore furti facti, quia fur semper in mora est, licet res furis impensa melior facta esset, dum forte infans surreptus sumtibus ac cura furis crevit, aut artibus instructus est: sive dolo furis, sive culpa, sive casu, interitus furtivæ rei aut deterioratio contigerit; sine distinctione utrum eodem modo penes dominum peritura fuisset, nec ne; cum id suadet odium furum: nisi fur eam ante interitum domino obtulerit, & hic in mora fuerit acceptandi oblatam, *l. in re furtiva* 8. *pr.* & §. 1. *l. ex argento* 13. *l. qui furtum* 16. *ff. b. t. l.* 2. *C. b. t.* Ut tamen pro oblatione habendum non sit, si fur non ad rem restituendam, sed condictionem furtivam excipiendam paratus sit, & dum dominus in instituenda actione moras nectit, res perierit; quia videtur qui primitus invito domino rem contrectavit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere, *l. ult. ff. b. t.* Neque diversum ab his est, quod Ulpianus scripsit, actionem quidem ex lege Aquilia eam complecti æstimationem, quanti eo anno res plurimi fuit: *condictionem autem ex causa furtiva non egredi retrorsum judicii accipiendi tempus*, *l. nunquam* 2. §. *quæsitum* 3. *ff. de privatis delict.* cum enim protinus a furto facto fur in mora videatur es-

se, ac propterea confestim quoque furtiva possit inquietari condictione, & ad judicium suscipiendum compelli, sequitur, tempus judicii accipiendi in fure a tempore moræ primitus commissæ non oportere separari.

7. Neque ad id, ut hæc condictio competere queat, interest, utrum proprietatis an usus possessionisve furtum factum sit, *l. qui furtum* 19. *ff. h. t.* nec, utrum res mobilis ablata aut vi surrepta, an vero immobilis vi possessa sit: etiamsi enim immobilium non furtum, sed invasionem fieri placuerit, explosa contraria veterum quorundam hac de re opinione; obtinuit tamen, immobilium æque ac mobilium intuitu furtivam hanc haud denegari condictionem, *l. verum est* 25. *pr.* & *§.* 1. *ff. de furtis*; *l.* 1. *in fine*, & *l.* 2. *ff. de condict. triticaria*, junct. *l. quam rem* 38. *ff. de usurpat.* & *usucapionib. §. quod autem* 7. *Inst. de usucap.*

8. Cessat hæc actio, si res furtiva per rei vindicationem, aut spontaneam restitutionem, aut simili alia ratione ad dominum reversa sit, aut litis æstimatio domino præstita, *l. sive manifestus* 10. *l. si servus* 14. *§. bove* 2. *ff. h. t.* si dominus rem furtivam furi, vel alteri, pure legaverit, *d. l.* 10. *§. ult. ff. h. t.* aut aliter dominium suo facto amiserit: nam si sine suo facto amisisset, condictio superesset, *l.* & *ideo* 12. *pr. ff. h. t.* Qua ratione, si sociorum alter in re communi furtum fecerit, ac dein mediante judicio communi dividundo furi res integra per adjudicationem acquisita sit, ita demum socio furtum passo hæc post adjudicationem actio accommodanda est, si communi dividundo judicio provocatus sit: nam si ipse provocaverit, amisisse creditur condictionem, tanquam qui suo spontaneo provocationis facto effecit, ut dominio per subsecutam exciderit adjudicationem, *d. l.* 12. *§.* 1. *ff. h. t.* Denique condictioni huic ultra locus non est, postquam novandi animo dominus rem sibi a fure restitui stipulatus est, *l. parvi* 17. *ff. h. t.* Etsi enim nemo rem suam recte stipuletur, *§. idem juris* 2. *Inst. de inutil. stipulat.* non tamen inutiliter rei suæ restitutionem, *l. scire* 29. *§.* 1. *l. nemo rem suam* 82. *ff. de verbor. obligation.*

TITULUS II.

De Condictione ex lege.

SUMMARIA.

1. *Quid sit condictio ex lege?*
2. *Recensentur plerique casus, in quibus condictio ex lege locum habet.*

1. CONdictio ex lege est actio personalis nata ex obligatione civili, per legem novam, id est, lege 12. tabularum posteriorem introducta, cui non est adjectum certum nomen aut forma actionis *l. unic. ff. h. t.*

2. Qualis condictio donatario datur ex donatione pacto celebrata, *l. si quis argentum* 35. *§. ult. C. de donation. §. aliæ autem* 2. *Inst. eod. t.* Illis, quibus minus testamento datum fuit, quam quod portioni legitimæ sufficiebat, si supplementum petere velint, *l. omnimodo* 30. & *l. si quando* 35. *§.* & *generaliter* 2. *C. de inoff. testam.* Domino, cujus servus adulterii accusatur, & petente accusatore quæstionibus subjicitur, ad servi pretium, si in quæstione defunctus fuerit, aut deterior sit redditus, ac absolvatur, *l. si postulaverit* 27. *§. ult. l.* 28. *ff. ad leg. Iul. de adulter.* junct. *l. non solum* 3. *C. eod. t.* Fisco agenti ex privilegio contra debitores debitoris, ex causa primipilari obligati, ex die debentes, ut ante definitum tempus debita repræsentent, *l.* 1. *C. h. t.* Civitatibus jure singulari contra singulos rerum, ad debitores suos pertinentium, possessores pro rata, *l.* 2. *C. de debitor. civitat.* creditoribus hypothecariis potioribus adversus creditores debiliores, ad quos pretium rerum hereditariarum distractarum pervenit solutione heredis hereditatem cum Inventario adeuntis, *l. ult. §. sin vero heredes* 6. *C. de jure deliberandi.* Reis per plus petitionem ab actore læsis, aut a litium executoribus plus justo exigentibus, *tripli* 24. & 25. *Inst. de action.* Adhæc pro repetendo eo, quod in alea amissum est, *l.* 1. & *ult. in fin. C. de aleatorib.* uti & in facti speciebus propositis in *l. ult. mihi donares* 21. *§.* 1. *ff. de donationib. l. unic. C. de suffragio.* Nec dubium esse potest, quin condictio ex lege sit, ut statutum aut consuetudo novam subinde inducit sine nomine actionem.

TITULUS III.

De Condictione triticaria.

SUMMARIA.

1. *Unde dicta sit* condictio triticaria; *quid sit? ei locum non esse, nisi principalis actio in personam sit, & per eam non pecunia numerata, sed res aliæ, æstimationem recipientes, fuissent petendæ.*
2. *Hæc actio non plane nova est, sed adjectitia qualitas actionis alterius. Cujus temporis æstimatio in ea spectetur?*
3. *Explicatur generaliter, cujus temporis æstimatio in judiciis bonæ fidei & stricti juris spectanda sit, ut in eam judex condemnet; sive principaliter æstimatio alicujus rei in obligationem deducta sit, sive res alia, cujus æstimatio ob interitum præstanda est.*
4. *Cujus loci æstimatio consideranda ac præstanda sit?*

1. UNde *condictionis triticariæ* nomen descendat, incertum est. Varias variorum conjecturas exhibet Wissenbach *ad Pandect. h. t. vol.* 4. *disput.* 26. *numer.* 7. ex quibus non improbabilis ea Hottomani est, olim magistratus provinciales ex senatusconsultis provincialibus certam imposuisse tritici quantitatem ad certa loca deferendam; vel pro tritico pecuniam, si nimis dissita essent loca collationi tritici destinata; cumque illa denunciatio conferendi, *condictio triticaria* diceretur, ac plerumque eveniret, ut pro tritico pecuniam seu æstimationem persolverent provinciales, hinc paulatim fluxisse, ut, quoties loco rei debitæ pretium ejus seu æstimatio petenda esset, actio illa *condictio triticaria* appellaretur. Quicquid sit, hæc actio personalis est, qua rei cujusvis corporalis mobilis, vel immobilis, aut incorporalis, quomodocunque ex contractu vel delicto debitæ, æstimationem præstandam esse contenditur. Cui ut locus sit, primo quidem requiritur, ut

principalis quoque actio, quæ ad rem ipsam persequendam competebat personalis sit; nam si in rem esset, etiam æstimatio non per hanc triticariam, sed per ipsam in rem actionem petenda foret, ut dictum *t. de rei vindic. & de petit. heredit.* Qua de causa etiam rem suam propriam nemo regulariter hac actione persequi potest, iis exceptis casibus, quibus & rei propriæ condictio permissa fuit, quod accidit in rebus furtivis ac vi possessis, quarum proinde non exstantium æstimationem sibi præstari, domini furtum passi vel vi dejecti hac recte desiderant actione, *l. 1. in fine l. 2. ff. h. t.* junct. *l. verum est 23. pr. & §. 1. ff. de furtis.* Sed & secundo necesse est, principaliter res alias extra numeratam pecuniam esse debitas, quarum æstimationem in subsidium hoc judicio actor persequitur. Si enim ipsa pecunia ab initio debita sit, actione principali, non hac subsidiaria, petenda foret, *l. 1. ff h. t.* cum absurdum esset pecuniæ cunctis æstimantis æstimationem, quæ non est, in judicium deduci, *arg. l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejussor.* Etsi ergo nihil numeratam pecuniam, æstimationem nempe, hac actione consequamur; verum tamen simul est, tum demum ei locum esse, cum aliæ res extra numeratam pecuniam in obligationem deductæ sunt.

2. Ceterum non plane nova hæc actio est, sed magis veteris actionis adjectitia qualitas, & ideo vel bonæ fidei vel stricti juris actionum naturam & effectus sortitur, pro diversa principalis actionis natura, qua res ipsa petenda fuisset. Qua ratione, quando in æstimatione facienda in hac actione rei judicatæ tempus spectandum dicitur in *l. un. ff. h. t.* id de illis accipiendum casibus, quibus obligatio principalis bonæ fidei est. Contra vero cum in *l. ult. ff h. t.* Gajus ait, tempus spectandum esse, quo judicium acciperetur: id est, quo fieret litis contestatio, id ad ea restringendum negotia, quæ stricti juris sunt.

3. Considerandum namque, circa hanc implicatam æstimationis faciendæ controversiam varios variè sentire, ut colligere licet ex iis quæ habet Cujacius *lib. 6. ad Africanum ad l. 37. ff. mandati*, Pacius *enant. cent. 3. n. 72.* Fachineus *controv. lib. 2. cap. 74.* Sande *decis. Frisic. lib. 3. t. 4. defin.* 8. Ant. Faber *C. lib. 4. t. 2. defin. 7. & seqq.* Vinnius *select. quæstion. lib. 1. cap. 39.* Wissenbach *ad Pand. t. de reb. credit. volum. 1. disput. 24. n. 12.* Interim paucis distinctionibus rem omnem absolvi, omnesque difficultates superari posse, mihi persuadeo. Etenim primo quidem inspiciendum existimo, utrum principaliter rei æstimatio in obligationem deducta sit; an principaliter res, cujus loco in subsidium æstimatio præstanda venit. Nam si principaliter æstimatio rei alicujus obligatione comprehensa sit, neque huic condictioni triticariæ locus esse potest, neque ex mutatione æstimationis quæstio superesse, quia re ipsa nihil præter numeratam pecuniam omnia æstimantem ab initio debitum est, neque aliam contrahentes videri possunt æstimationem adeoque quantitatem pecuniariam respexisse, quam quæ fuit eo tempore, quo primitus obligatio nascebatur, sive bonæ fidei sive stricti juris negotium sit: ac propterea, aucto deinceps vel diminuto rei pretio obligatio pecuniaria, quæ ab initio certa fuit, nullum inde incrementum capere potuit aut diminutionem. Eoque redu- cenda est facti species in negotio stricti juris, qua quis stipulatus est, *sibi dari quanti fundus Cornelianus est*, & in qua, quia *non fundus, sed pecunia debebatur*, ea æstimatio venire dicitur, quæ stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum 28. ff. de novation.* Uti & illa in negotio bonæ fidei, qua hominem aliamve rem certam pro re daturum me fidejussi & solvi, si dein actione mandati ad indemnitatem contendam, æstimationem rei solutæ potius ad tempus, quo soluta est, quam ad id, quo agitur, referri oportere, Africanus scripsit, *l. hominem 37. pr. ff. mandati.* Et merito; cum hic fidejussori solventi non res sed tantum solutæ rei æstimatio debita fuerit, quippe qui Stichum, hominem certum, ex fidejussione solvens, obligatum non potuit sibi reddere debitorem principalem ad eundem, quem solverat, Stichum reddendum; sed magis ab initio indemnitatem, adeoque æstimationem temporis illius, quo sibi primitus per solutionem paraverat contrariam mandati actionem. Nec aliam puto sententiam aut cuiquam esse legis *cum quis 22. ff. de obligation. & action.* ubi idem Africanus ait, *cum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit, ejus temporis æstimationem spectanda esse, quos satis accepit.* Nec merx seu res certa cœperat ex stipulatione in diem deberi, itque hujus debiti securitatem fidejussor acceptus erat; cum ergo fidejussor pro debitore mercem solvisset, & de indemnitate contrario ageret mandati judicio, dubitatio erat, ad cujus temporis æstimationem principalis debitor fidejussori damnandus esset; nec dubitavit Africanus hic eodem modo, uti in *d. l. 13. pr. ff. mandati*, respondere, ejus temporis æstimationem spectandam esse, quo creditor *satis accepit*, id est, quo creditori solutio facta fuit: nam, quod verba illa, *quo satis accepit*, non ad interpositæ fidejussionis tempus pertineant, quasi temporis illius æstimatio consideranda foret ac per fidejussorem præstanda, vel inde patet, quod tunc fidejussor contra certa juris principia in majorem æstimationem, adeoque in duriorem potuisset causam obligatus esse, quam principalis debitor, qui ex die debens propter moram ad summum ad illius demum temporis æstimationem condemnandus esset, quo existit adjectus obligationi dies; & ex quo demum potuit ob moram conveniri. Quod si non æstimatio sed res principaliter obligatione comprehensa fuerit, generalem puto regulam servandam esse, quæ inter bonæ fidei ac stricti juris judicia distinctionem ponit, ac vult, in bonæ quidem fidei judicii rei judicandæ seu judicatæ tempus observandum esse, quanti res sit. seu tunc valeat, in iis vero, quæ stricti juris sunt, tempus litis contestatæ, *l. sed mihi 3. §. in hac actione 2. ff. commodati*, non eo sensu, quasi præcise illud litis contestatæ vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedenter spectandum esset; nam si mora præcesserit, dubium non est, quin frustratio moratori, & non alteri obesse debeat; ac propterea, si inter moram & litem contestatam remve judicatam res pluris valuerit, quam ipso litis contestatæ vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore moræ ad tempus litis contestatæ in stricti juris, aut rei judicatæ in bonæ fidei judiciis, damnandus foret, *l. hominem 37. in fine ff. mandati, l. in hac 3. in fine ff. h. t.* sic ut tempus moræ sit veluti terminus

a quo incipit æstimationis ratio haberi; & tempus litis contestatæ vel rei judicatæ sit terminus ad quem. Quod etiam non obscure Pomponius indigitat in *l. ratio* 3. §. *si per venditorem* 3. *ff. de act. emti*, dum ait, *si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Tempus scilicet, quo vinum est venditum, etiam initium moræ est, in quantum res vendita etiam confestim tradenda est, nisi aliud actum sit, arg. *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *ff. de emt. l. curabit* 5. *Cod. eod. t.* quemadmodum ille, qui pure constituit, non a tempore demum litis contestatæ, sed mox a tempore constituti celebrati, si non solvat, in mora creditur constitutus, secundum Ulpianum, *l. si duo* 16 §. *u.t. ff. de constit. pecun.* Ut proinde variis quoque in legibus, definientibus, æstimationem inspiciendam esse temporis illius, quo res petitur, illa limitatio, *nisi mora præcesserit*, subaudienda sit; veluti in *l. fundum* 24. *circa fin. ff. de novation. l. vinum* 22. *ff. de reb. creditis*, uti & ipsa *l.* 3. *§.* 2. *ff. commodati.* Hinc quia fur semper a primo furti facti momento in mora est, recte conclusit Ulpianus, rei furtivæ æstimationem in condictione furtiva spectandam esse, quanti unquam a furti facti tempore plurimi fuit, *l. in re furtiva* 8. §. *si ex causa* 1. *ff. de cond. furtiva*. Idemque est in rerum amotarum actione, *l. pen. ff. de act. rer. amot.* Et quia dies certus obligationi appositus sui existentia interpellat pro homine, ac debitorem in mora constituit, *l. magnam* 12. *C. de contrah. & commit. stipulat. l. trajectitiæ* 23. *ff. de oblig. & act. l. si fundus* 4. §. *ult. ff. de leg. commissor.* hinc quoque traditum, obligatione in diem certum contracta, ejus æstimationis rationem habendam esse, quæ fuit eo tempore, quod solutioni faciendæ adjectum fuit; ut scilicet tempus illud, tanquam tempus moræ inchoatæ, sit terminus a quo, ac præstandum veniat, quanti inde res unquam ad tempus litis contestatæ aut rei judicatæ, pro diversa judiciorum bonæ fidei ac stricti juris natura, plurimi valuit, *l. vinum* 22. *ff. de reb. creditis, l. quotiens* 59. *l.* 60. *ff. de verb. obl.* Qualis diei adjectio quia etiam inest cautioni de sistendo, ideo quoque definitum fuit, æstimationem ejus, quod interest agentis, ad illud tempus referendam esse, quo sisti debuit, non ad id quo agitur; quamvis ibi non de rerum æstimatione agatur, sed de æstimatione ejus, quanti interest, factum impletum non esse, reum non stitisse, *l. qui autem* 12. §. 1. *ff. si quis caution. in judic. sist. causa factis non obtemp.* Nec hisce, quæ de stricti juris judiciis, & æstimatione tantum a tempore moræ ad tempus litis contestatæ spectanda diximus, adversatur, quod in stricti juris judiciis judex etiam condemnare possit ad id quod interest, moram non esse factam post litem contestatam, *l. quod si Ephesi* 4. *pr. ff. de eo quod certo loco*, *l. cum fundus* 31. *ff. de rebus creditis*, *l. si calendis* 11. *ff. de re judicata*, *l. si fundum certo* 114. *ff. de verb. obl.* sub quo & illud contineri videtur, si inter litem contestatam ac sententiam creverit æstimatio rei petitæ. Respondeo enim, distare æstimationem ab eo quod interest, ut patet ex *pr. & §§. seqq.* junct. §. *illud non ex* 10. *Inst. de lege Aquilia*, ac judicem in stricti juris judiciis ita demum aucti post litem contestatam pretii rationem in condemnando habiturum, si actor in eo suum interesse probet, dum forte mercator est, & rem lite pendente pluris fuisset distracturus. Alioquin si non fuisset secundum vulgarem æstimationem auctam venditurus, aut aliter sua interesse doceat æstimationis auctæ intuitu, non considerandum foret superveniens post litem contestatam æstimationis incrementum; licet per accidens ita forte morator lucrari posset; cum sufficiat, moram actori non nocuisse. Unde patet, non æstimationis, qua talis; sed ejus quod interest, ac quatenus interest, nec ultra rationem haberi. Quo modo & alibi jurisconsultus scripsit, usuras per socium socio præstandas esse, non quasi usuras sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse, *l. socium, qui* 60. *ff. pro socio.* Ne recte urgetur, sic moram extrajudicialem potentiorem fore, quam judicialem, sic deterioris fore conditionis eos, qui litem contestati sunt, quam si non; contra *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de regul. juris.* Etenim etsi non *solet* deterior fieri eorum conditio, qui litem contestantur, tamen id aliquando in jure contingit, ubi ex propria ipsius negotii in judicium deducti natura descendit; uti id apparet ex illis, qui condemnati ad actoris petitionem, nihilominus ex lege, humanitatis gratia, solutionis dilationem habent, quam ipsis non indulserat obligatio pura in judicium deducta. Et huic simile accidit quoque in casu præsenti: quod enim in stricti juris judiciis æstimationis lite pendente aucta, qua talis, ratio non habeatur, id inde est, quod in iis judex excedere nequit petitionem actoris, & conventionem partium, nisi respectu ejus quod interest; cumque libello petitionis non recte comprehendatur incertum plane futuri temporis intuitu æstimationis augmentum, sed tantum præteriti temporis ratione usque ad litis cœptæ diem; consequens est, nec judicem in condemnando considerare debere æstimationis post litem contestatam auctæ quantitatem, qua talem. Quæ cum aliter se habeant in negotiis bonæ fidei, dum in iis ex bono & æquo petitionem ac conventionem multifariam judex condemnatione potest excedere; non mirum, si pretii usque ad sententiam aucti ratio habeatur. Scilicet, moram extrajudicialem lex & judex coercet & judicialem in stricti juris judiciis, non ratione æstimationis, nec usurarum intuitu, sed respectu ejus quod interest, adeoque non aliter, quam si secundum ante dicta actor doceat, se lite pendente rem ob auctum interim valorem pluris fuisse distracturum. Leve vero est, quod ajunt, in stipulatione æstimationis post litem contestatam increscentis rationem habendam esse, quia & fructuum illius temporis ratio haberi solet, *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. de usuris*, male enim a disparatis illatio fit; fructus rei accessiones sunt, non item æstimatio rei. Quod autem diximus, tunc, cum post litem contestatam se pluris venditurum fuisse probat, æstimationis auctæ rationem habendam esse, id ita accipiendum, uti in bonæ fidei judiciis dicitur æstimationis augmentum pendente lite contingens præstari oportere; at non ita, ut ad omne id, quod emendo vendendoque atque adeo negotiando actor potuisset pendente lite lucrari, reus ipse condemnandus foret: cum ne in bonæ quidem fidei judiciis lucri hujusmodi adventitii ratio haberi soleat, *l. ult. ff. de peric. & commodo rei vend. l. si sterilis* 21. §. *cum per* 3. *ff. de act. emti*,

excepto solo casu *l. 2. §. ult. ff. de eo quod certo loco.*

4. Vidimus, cujus temporis æstimatio spectanda sit; locum quod attinet, si quidem locus certus implemento contractus faciendo adjectus sit, spectanda æstimatio loci illius, in quo solutio facienda est, sive de negotio stricti juris, veluti de mutuo, *l. vinum 22. in fine ff. de reb. creditis, l. ult. in fine ff. h. t.* sive de rerum venditionibus aliisque similibus bonæ fidei conventionibus quæstio sit, *l. ratio 3. §. ult. in fine ff. de act. emti*; cum unusquisque per adjectionem certi loci ad solvendum destinati contraxisse intelligatur non in loco, ubi conventio celebrata, sed ubi solutio facienda est, *l. at ubi quisque 3. ff. de rebus auctor. jud. possid. l. contraxisse 21. ff. de oblig. & action.* Si vero nullus locus certus solutioni faciendæ per contractum designatus sit, in stricti juris judiciis æstimatio consideranda loci, in quo res petitur, *d. l. vinum 22. in fine ff. de reb. creditis, d. l. ult. in fine ff. h. t.* At in bonæ fidei negotiis, veluti venditionibus, spectanda loci æstimatio, in quo venditio celebrata est, vel in quo agitur, actoris arbitrio; si modo per venditorem steterit, quo minus res tradatur, *l. ratio 3. §. si per venditorem 3. ff. de action. emt.* Nam si emtor ipse in mora accipiendi fuerit, æstimari oportet pretium rei, habita ratione loci illius, in quo res minoris valet, sive in loco, in quo contractum, minor venditæ rei æstimatio sit, *d. l. ratio 3. ult. ff. de act. emti*, quasi per moram indignum se reddiderit electione & commodis ex natura judiciorum bonæ fidei profluentibus, dum recusando acceptare res, debito modo oblatas, ipse recessit a bona fide.

TITULUS IV.

De eo quod certo loco.

SUMMARIA.

1. *Loci adjectio quibusdam in negotiis necessaria est, in plerisque non. Quæ sit ratio, cur, loco apposito,* actio de eo quod certo loco *introducenda fuerit? Quid sit? & quæ judicis partes in ea sint: habet locum in omnibus judiciis stricti juris, quibus locus appositus.*
2. *Non habet locum, si in ipso loco adjecto agatur; nec, si ex negotio bonæ fidei.*
3. *Datur contra eum, qui certo loco debet ex negotio stricti juris. An & contra fidejussorem ex sua vel debitoris principalis mora? ad explicationem* l. centum Capuæ 8. ff. h. t. *quo usque & ad quid mora debitoris noceat fidejussori?*
4. *Quid juris circa electionem & solutionem & faciendam loci mentionem, si conveneris,* Ephesi aut Capuæ centum dari, *vel* Ephesi decem aut Capuæ hominem, *vel* Ephesi & Capuæ *dari rem dividuam, aut individuam?*
5. *An promiscue in quovis alio loco hac actione arbitraria conveniri possit, qui certo loco se daturum promisit? & quid moribus obtineat?*
6. *An in hac actione judex magis quanti actoris, an potius, quanti rei intersit, spectare debeat? quibus modis interesse possit actoris aut rei, in loco potius addito, quam alibi solvi?*
7. *Creditor invitus non tenetur alio in loco acceptare id, quod ei certo loco debitum, nisi addatur id quod interest; sed si sponte acceptaverit, amplius id quod interest petere nequit.*
8. *An locus sit actioni arbitrariæ, si certo loco quid fieri promissum sit?*
9. *An temporis adjectio ita faciat locum actioni arbitrariæ, ut loci.*

1. Etsi quibusdam in casibus stipulationi ceterisque similibus stricti juris negotiis loci adjectio adeo necessaria sit, ut ejus omissio inutilem contractum reddat, vitietque legatum, veluti si quis insulam ædificari stipuletur, aut suprema disponat voluntate, quoties locus adjectus non est, nec ex circumstantiis colligi evidenter potest, quem locum testator respexerit aut contrahentes, *l. arbitraria 2. §. si quis insulam 5. ff. h. t. l. qui insulam 95. l. ita stipulatur 115. pr. ff. de ver. obligat.* arg. *l. si domus 71. ff. de legatis* 1. plerumque tamen in contrahentium ac disponentium arbitrio est, utrum locum implemento negotii destinare ac adjicere velint, nec ne. Quisquis autem se certo loco daturum promisit, aut aliter ad dandum certo loco cœpit obligatus esse, summo jure alibi in stricti juris negotiis conveniri nequit, dum in iis judiciis potestas conventioni partium adstricta est: sed quia iniquum erat, creditorem non posse ad suum pervenire, ac eludi obligationem, si debitor ad eum locum, in quo dare oportebat, vel casu præpeditus vel consulto ac data opera non accederet; ideo visum fuit, utilem actionem in eam rem comparare, de eo quod certo loco, *l. 1. ff. h. t.* quæ est arbitraria in personam, qua res ex negotio civili stricti juris certo loco præstanda, alibi petitur, facta tamen mentione loci in quo solutio facienda erat, ne plus loco petatur; ut judex pro varia loci utriusque, tum ubi res petitur, tum ubi ex conventione præstanda erat, æstimet, quanto pluris minorisve damnandus sit reus, quam in loco adjecto dare debuisset; dum non idem rerum earundem in quovis loco pretium est, & alibi facilior, difficilior alibi non rerum modo, sed & ipsius pecuniæ numeratæ præstatio apparet, *l. arbitraria 2. pr. & ult. l. 3. ff. h. t. l. unic. C. ubi conveniatur qui certo loco dare promisit*, sive ex stipulatu quid certo debitum sit, *l. 1. l. 2. ff. h. t.* sive ex mutuo, *l. aut mutua 6. ff. h. t.* sive ex legato, *l. si heres 5. ff. h. t.* sive ex constituto, *l. si duo 16. §. sed & 1. ff. de constit. pecun.* sive ex alio quocunque stricti juris negotio, obligationem ad certo loco dandum continente, veluti, contractu innominato *facio ut des certo loco*, ob rationis paritatem: sic ut hæc actio *de eo quod certo loco* non tam nova plane sit, quam potius nova qualitas adjectitia actionum aliarum stricti juris, unde & *utilis* appellatur in *l. 1. in fine ff. h. t.*

Quod si in ipso loco apposito res petatur, non huic utili arbitrariæ, sed directæ actioni stricti juris, locus est, cessante tunc arbitrio judicis ac facultate æstimandi propter locum, quanto plus minusve tribuendum sit. Nam si quid temporis ratione intersit actoris, ob moram in solvendo commissam; id secundum ordinariam omnium actionum sive bonæ fidei sive stricti juris naturam & ab actore recte petitur, & a judice jure adjudicatur, licet ejus nulla in contrahendo mentio facta sit, *l. quod*

si 4. ff. h. t. Quemadmodum nec tunc datur, cum ex negotio bonæ fidei res certo loco debita est, *l. in bonæ 7. ff. h. t.* cum ipsa directa actio ex contractu bonæ fidei extra locum adjectum etiam alibi institui possit, & secundum propriam ejus naturam judex ex bono & æquo æstimare, quantum actori præstandum sit, *§. in bonæ fidei 30. Inst. de action. §. fin. Inst. de oblig. ex consensu*, nec aliam ob causam hæc ipsa *actio de eo quod certo loco* arbitraria appelletur, quam quia actiones natura sua stricti juris, propter loci adjectionem reducuntur ad naturam actionum bonæ fidei in eo, quod judex ex bono & æquo æstimare possit, extra partium conventionem, quomodo actori per reum satisfieri oporteat, *§. præterea 31. Inst. de action.*

3. Datur hæc actio contra eum, qui certo loco adjecto debet ex negotio stricti juris, & in illo loco non solvit tempore constituto; vel si nulla temporis sit facta mentio, intra tale tempus, quo commode potuit ad locum solutioni destinatum pervenire, *l. arbitraria 2. §. qui ita 6. ff. h. t. l. continuus actus 137. §. cum ita stipulatus 2. ff. de verbor. oblig.* etiam contra fidejussorem ex mora propria, non ex mora debitoris principalis, *l. ult. l. centum 8. ff. h. t.* Cujus legis octavæ ut sensus evidentior reddatur, considerandum generaliter, moram debitoris fidejussori nocere in omni obligatione ad eam perpetuandam, *l. cum filiusfamilias 49. l. mora rei 88. l. si servum stipulatus 91. §. nunc videamus 4. ff. de verb. oblig. l. si quis solutioni 24. §. 1. ff. de usuris, l. si libertus 43. de operis libertor.* atque insuper debitorem creditori vel ratione temporis vel ratione loci posse condemnari, temporis intuitu, dum non solvit adjecto die; loci respectu, dum non præstat rem eo in loco, qui specialiter solutioni faciendæ erat appositus. Quod si temporis intuitu mora solvendi per debitorem principalem commissa & in casum moræ usuræ in stipulatum aut in pactum legitimum ad agendum efficax deductæ fuerint, uti ad eas post moram principalis debitor incipit obligatus esse, ita & fidejussor ejus in omnem obligationem acceptus ad easdem recte convenietur ex eo tempore, quo principalis cœperat esse in mora solvendi, etsi necdum fidejussor fuisset a creditore interpellatus; quales etiam usuræ non per hanc actionem arbitrariam nec ex officio judicis adjudicandæ, sed magis per actionem ex stipulatu vel pacto legitimo peti debent, *l. quamvis usuræ 3. C. de usuris.* Contra vero, si loci adjecti intuitu, ob non factam in loco destinato solutionem, ratio ineunda sit ejus quod interest, fidejussor, utcunque in omnem causam intervenerit, non ex mora debitoris principalis, sed tantum ex sua, ad id quod interest recte condemnatur, habita ratione non loci illius, in quo reus principalis, sed magis in quo fidejussor ipse convenitur. Adeoque, si ponas, centum modios frumenti, Romæ debitos, per creditorem a debitore principali Capuæ petitos esse, ibique condemnationem in modios centum & viginti a judice factam, dum Capuæ tanto minor modii cujusque valor erat, sed, cum executio ob manifestam condemnati inopiam inanis esset, fidejussorem in subsidium conveniri Carthagini, ubi eadem, quæ Romæ, frumenti æstimatio est; non utique in modios centum & viginti, in quos principalis jam Capuæ damnatus erat, fidejussor Carthagini veniret condemnandus, sed tantum in centum, qualis condemnatio in sola centum longe magis tunc fieret, cum fidejussor non Carthagini sed Romæ, adeoque in ipso loco adjecto convenitur, quippe tunc non arbitraria hac sed simplici stricti juris actione ex stipulatu ad solutionem adigendus, juxta *d. l. quod si Ephesi 4. ff. h. t.* & hoc est quod Africanus voluit in *d. l. 8. ff. h. t.* dum ait, *centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti, ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit; id est, ut si alibi quam Capuæ petatur, arbitraria agi debeat, itque tanti æstimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam summam Capuæ potius quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri.* Ne autem ab eo, quod fidejussor in omnem acceptus causam ad usuras ex mora principalis debitoris tenetur, argumentum ad hanc præstationem ejus quod interest ob solutionem alibi quam loco addito faciendam, imprudentius transferetur, monet Jurisconsultus in verbis sequentibus *d. l. 8.* aliam usurarum, quam ejus quod propter locum interest, rationem esse, ideoque a separatis perperam fieri illationem; *neque enim*, inquit, *hæc causa recte comparabitur obligationi usurarum; ibi enim duæ stipulationes sunt, hic una pecunia credita est, circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio judicis committitur.* Quasi diceret, fidejussorem acceptum obligari quidem in omne id, quod & principalis sese devinxerat, adeoque in usuras quoque, quas is promiserat creditori stipulanti in casu moræ; quippe in quas uterque non judicis officio, sed vi ipsius stipulationis ab initio interpositæ damnandus esset, in quantum usuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis peti nequeunt, *d. l. 4. C. de usuris*, sive ut duæ quodammodo distinctæ obligationes sint, altera sortis, usurarum altera, *l. 1. C. de judic. l. ubi autem 75. §. pen. ff. de verb. oblig.* At ubi locus adjectus est, loci adjectionem non facere aliam separatam conventionem, sed unam tantum esse obligationem rei certo loco promissæ; quæ si non in loco adjecto sed alibi petatur, & executionem habeat, ad id quod interest loci intuitu condemnationem non ex conventione descendere, sed a mero profluere officio judicis, cujus arbitrio a jure committitur ratio æstimationis; eo modo, quo, in bonæ fidei judiciis id contingit circa solvendas ex mora citra conventionem usuras, quarum respectu a Gordiano rescriptum fuit, non esse duas obligationes seu actiones, aliam sortis, aliam usurarum, sed unam tantum, *l. si deposita 4. C. depositi*, quasque propterea non esse in obligatione, sed officio judicis præstari, ab Hermogeniano traditum, *l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. emti:* uti & a Paulo, *l. quæro 54. ff. locati*, licet ibi Paulus addat, fidejussorem ad usuras tales condemnandum esse, *ubi se in omnem causam conductionis obligavit*, dum illam phrasim eo sensu accipit, ac si fidejussor, *in quantum illum*, (conductorem sc.) *condemnare ex bona fide oportebit, tantum sua fide esse jussisset.* Porro autem istam differentiæ rationem Africanus in verbis ultimis d. legis octavæ illustrat, dum scribit, *ejus differentiæ manifestissimum argumentum esse, quod, si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur,*

officium judicis tale esse debeat, ut æstimet, quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, quæ peteretur, Capuæ solutam esse; adeoque in casu quidem, quo usuræ in stipulatum deductæ sunt, sortis solutionem pro parte factam sine additamento usurarum, quarum dies jam cesserat tempore partis solutæ, non perimere creditori jus petendi per actionem ex stipulatu in præteritum debitas exsolutæ partis usuras; cum & sorte sola in judicium deducta, ac in eam condemnatione secuta, creditori adhuc facultas supersit petendi ex stipulatu sortis illius jam redditæ usuras, *l. 1. C. de judiciis.* Ex adverso autem si certo loco centum sint debita, & volenti creditori pars debiti, veluti dimidia, alio in loco soluta fuerit, non addito eo quod interest ratione loci, deque residua postmodum alibi extra locum appositum creditor experiatur, judicem haud æstimaturum, quanti intersit, tota centum alibi præstita esse, sed solummodo, quanti referat actoris, eam summam, quæ adhuc solvenda restat, & in judicium deducta est, suo loco non fuisse solutam. Nam &, si totam sortem sine eo quod interest extra locum adjectum oblatam & a creditore acceptatam proponas, in universum cessaturam esse petitionem ejus quod interest, Paulus monuit, *l. ult. ff. h. t.* Confer Cujacium *lib. 3. ad Africanum ad d. l. 8. ff. h. t.* Perezium *C. ubi conven. qui certo loc. dare prom. n. 9. & seqq.* Beukelmannum *ad Pand. h. t. num. 7.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol. 1. disp. 26. n. 15. 16.* paulo aliter d. legem explicantes.

4. Quod si duo loca alternatim promissioni adjecta sint, veluti *Ephesi aut Capuæ centum dari*, debitoris quidem electio est, in quo velit loco solvere; sed eo cessante, creditor eligit, in quo ex duobus locis petere velit, sine alterius loci mentione; sic ut loci electio debitori ob moram pereat, & in creditorem transferatur, *l. arbitraria 2. §. Scævola 3. ff. h. t.* Sed &, si facta sit alternatio rerum simul ac locorum, velut, *Ephesi decem aut Capuæ hominem dari*, initio inspecto debitoris electio est, tum loci tum rei contemplatione; post moram autem creditor non modo loci, sed propter locum etiam rei electionem habet, an videlicet decem Ephesi an Capuæ hominem petere malit, nulla rei alterius locive facta commemoratione, *d. l. 2. §. 3. ff. h. t.* Si tamen extra duo loca promissioni alternatim adjecta actor alibi petere velit, utriusque rei, si mixta alternationi locorum sit rerum alternatio; atque ita debitori rursus electio competit, cujus velit loci & rei æstimationem considerari, ut secundum eam judex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusve in hoc loco, in quo agitur, per reum actori præstandum sit, *d. l. 2. §. si quis Ephesi 2. §. h. t.* Quod si promissor se *Ephesi & Capuæ decem daturum* promiserit, hoc actum intelligitur, ut Ephesi partem Capuæ solvat, *d. l. 2. §. si quis ita 4. ff. h. t.* Plane, si quis hominem certum aliamve rem individuam Ephesi & Capuæ dari promittat, ipso jure inutilis foret obligatio, cum impossibilis repromissio sit, arg. *l. si stipulor 35. ff. de verb. oblig. §. loca 5. Inst. de verb. obligat. l. 2. §. qui ita 6. ff. h. t. l. non solum 31. ff. de oblig. & act. l. ea, quæ dari 135. l. impossibilium 185. ff. de reg. juris.*

5. Conveniendus autem qui certo loco dare promisit, non in alio quocunque loco, sed in eo tantum, in quo sortiretur quoque forum competens, si loci adjectio facta non esset: ne alioquin durioris deteriorisque conditionis foret, qui non nisi uno in loco obligatus esse voluit, & locum adstringendæ obligationis gratia adjecit, quam illi, qui non ita adstricte, ac sine loci mentione promiserunt, quales non ubique, sed tantum in foro competente conveniri posse, constat. Eoque facit, quod in *l. heres 19. §. ult. ff. de judiciis* Ulpianus scripsit, *eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habui domicilium, utrebique posse conveniri:* dum superflua sane atque inepta foret adjectio illa, *si in provincia habuit domicilium*, si & tunc, cum in provincia non haberet domicilium, posset nihilominus in provincia per hanc actionem conveniri. Sed & ulterius huc confert, quod hæc actio tantum induit naturam actionum bonæ fidei propter locum; quodque locus ei non sit, si quid ex negotio bonæ fidei certo loco debeatur quasi sufficiente tunc ipsa bonæ fidei actione, *l. in bonæ fidei 7. ff. h. t.* nemo autem judicio bonæ fidei promiscuo in quovis loco possit conveniri, juxta generalia juris fundamenta de foro competente. Quod ergo alibi scriptum reperitur, eum, cui certo loco solvi constitutum est, *ubique peteret posse & quocunque in loco agi* posse ad id quod interest, *l. si duo 16. §. sed & 1. ff. de constit. pecun. l. eum, qui insulam 43. ff. de judiciis*, civiliter accipiendum est, pro omnibus illis locis, in quibus ex generali legum dispositione actiones intentari possunt, arg. *l. si cui simpliciter 9. ff. de servitutibus*, & *l. qui loco 27. ff. de condict. indebiti.* Ac præterea in *d. l. 43.* non de hac arbitraria sed stricti juris actione sermo est, cum ibi non de dandi, sed faciendi obligatione tractetur, in qua non esse locum actioni huic de eo quod certo loco, mox dicetur. Donellus *comment. jur. civilis lib. 17. c. 19. post. med.* Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol. 1. disp. 26. nu. 10.* Zoesius *ad Pand. h. t. num. 5.* Peretius *Cod. ubi conven. qui certo* [illegible] *num. 1.* Neque multum hac in parte a jure Romano mores hodierni recesserunt, quibus is, qui certo loco promisit, non aliter eo in loco efficaciter conveniri potest, quam si illic inveniatur, aut bona habeat, quæ arresto graventur ad jurisdictionem fundandam, etiamsi promissor fori privilegio renunciasset, & se specialiter subjecisset jurisdictioni judicis loci illius, in quo se soluturum promiserat. Ut tamen extra locum appositum in quovis alio deprehensus, arresto mediante conveniri queat, cum ex praxi vulgata arrestatio judici tribuat jurisdictionem in personas aut res sisti non prohibitas. Groenewegen *ad l. un. C. ubi conven. qui certo loco dare promisit*, post Cristinæum, Gayl, Ant. Fabrum, Burgundum, aliosque ibidem citatos.

6. Etsi vero hæc actio utriusque utilitatem contineat, tam actoris quam rei, sic ut minoris condemnatio fiat, quam promissum est, si rei intersit, majoris autem, si intersit actoris, nec judex servire teneatur quantitati contractu comprehensæ, *l. arbitraria 2. pr. & §. ult. ff. h. t.* tamen in æstimando eo, quod interest, inquirendum præcipua, in cujus gratiam adjectio loci facta sit: etenim si actoris causa, etiam maxime ejus foret habenda ratio, ut consequatur quanti intersit; sin rei seu promissoris favore, id ante omnia curandum, ne ille in damno

versetur, licet forte in mora sit faciendi sui copiam in loco adjecto; usque adeo, ut interdum etiam judex reum alibi conventum absolvere debeat, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, *l. quod si* 4. §. 1. *ff. h. t.* Variis sane modis posse rei interesse, ut magis in loco apposito exsolvat, dubio caret: quid enim si minoris res illic valeat, ubi præstanda, quam ubi petita? quid si levioribus sub usuris pecunia debita possit in loco addito accipi mutua? quid si in loco apposito jam oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel alia quacunque ratione ex facili solvenda? *d. l.* 4. §. 1. *l. ideo* 3. *ff. h. t.* Ut ex adverso actoris quoque multifariam referre potest, destinato potius in loco quam alibi solvi; dum vel pluris res valet in loco expresso, quam in quo petitur; aut actor trajectitiam dedit pecuniam Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat, vel sub pignoribus, vel etiam sine pignore, & ob moram pœna commissa sit, vel res ejus oppignoratæ aut judicati exsequendi causa captæ vilissimo distractæ: quibus in casibus id, quod interest, etiam legitimam superare potest usurarum modum; *d. l.* 2. §. *ult. ff. h. t.* imo, quia eo quod interest non modo comprehenditur quod cuique abest, sed & quantum lucrari potest, *l. si commissa* 13. *ff. ratam rem haberi*; ideo, si actor ex pecunia certo loco solvenda merces ibidem promercii causa comparare solebat, non damni solius, sed & lucri rationem in hac actione habendam esse, Ulpianus auctor est *d. l.* 2. §. *ult. in fin ff. h. t.* licet alioquin non modo in stricti juris, sed & in bonæ fidei judiciis, ejus tantum lucri, quod circa rem ipsam consistit, non vero adventitii, quod ex negotiatione speratur, ratio haberi soleat, *l. si sterilis* 21. §. *cum per* 3. *ff. de act. emti*, *l. quemadmodum* 29. §. *idem Labeo* 5. *ff. ad leg. Aquil. l. ult ff. de peric. & commodo rei vend.*

7. Ceterum invitus creditor cogi nequit, ut alio quam convento loco promissum acceptet, etiamsi simul id quod interest addatur, *l. pen. ff. h. t.* Quod enim Venulejus scripsit, eum, qui certo loco debet, ubique solvere posse, *l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *ff. de verbor. oblig.* de creditore in solutionem alibi faciendam consentiente, vel ob additum id quod interest consentire per jus obligato, intelligendum est; propter *d. l. pen.* & *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. h. t.* Si tamen extra locum appositum oblatam a debitore rem sine eo quod interest creditor sponte acceptaverit, nullam deinceps ejus quod interest exactionem habet; cum obligatione principali per solutionem sublata, necesse sit ejus quoque petitionem interire, ad quod non ex obligatione, sed ex solo judicis officio condemnatio descendit, *l. centum Capuæ* 8. *in fin. l. ult. in fine ff. h. t.* arg. *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de act. emti.* Nec obstat *d. l.* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. h. t.* cum ibi peculiaris occurrat facti species, qua quis *sibi aut Titio Ephesi dari* stipulatus erat, ac non ipsi stipulanti, sed adjecto Titio, solutio facta, idque non secundum formam stipulationis in ipso loco constituto, sed alibi: unde non ipso jure, sed tantum exceptione, tutus erat solvens, poteratque nihilominus stipulator intendere, sibi dari oportere arg. *l. pen. ff. de constit. pecunia*, cui intentioni si reus opponeret exceptionem solutionis adjecto, alibi factæ, repelli optimo jure potuit replicatione illa, quod adjectus solutioni, atque ita mandatarius, acceptans alibi rem certo loco debitam contra formam stipulationis ac fines mandati, immutare non potuerit aut perimere jus stipulantis, ratione ejus quod interest, rem debito loco non fuisse solutam, arg. *l. cui recte solvitur* 10. *ff. de novationib. & delegationib.*

8. Vidimus de loco obligationibus dandi apposito. Quod si non dari sed *fieri certo loco* promissum sit, veluti insulam Capuæ ædificari; non hac arbitraria, sed directa ex stipulatu actione in quovis alio loco commodo agi potest, ad id quod interest ædificium certo loco exstructum non esse, *l. eum, qui insulam* 43. *ff. de judiciis*, tum quia res certo loco danda, alio transferri, ibique dari potest; sed ædificium certo loco exstruendum, alibi frustra ædificatur, sic ut alibi exstruens in nihilum liberetur, *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *post med. ff. h. t.* tum quia rei quidem datio in stipulatum recte deducitur etiam sine loci adjectione; at insulam fieri sine loci adiectione, inutiliter quisque stipulatur, *d. l.* 2. §. *si quis insulam* 5. *ff. h. t. l. qui insulam* 95. *l. ita stipulatus* 115. *pr. ff. de verbor. oblig.* Cujacius 3. *ad Africanum ad l. centum* 8. *ff. h. t.* Bachovius *ad Treutler. vol.* 1. *disput.* 23. *thes.* 6. *lit. C.*

9. Longe minus ex sola diei seu temporis adjectione actio natura sua stricti juris in arbitrariam degenerabit, etsi ob moram id quod interest, seu utilitas temporis, peti possit, *l. quod si* 4. *ff. h. t. l. si fundum certo* 114. *ff. de verb. obligat. l. si calendis* 11. *ff. de re judicata.* Nam nec judex tunc arbitratur, utrum actoris an rei intersit respectu temporis, sed solum considerat fraudatam ex mora utilitatem actoris: nec secundo actor prohibetur post tempus agere summo jure, ut consequatur quod certo die præstandum erat; uti quidem alio loco agere summo jure impeditus est: sic ut in tempore non eadem, quæ in loco, ratio militet actionis arbitrariæ ex necessitate admittendæ. Quibus non adversatur *l. si ut certo* 5. *pr. ff. commodati*, quippe quæ loci temporisque additi comparatione in eo proponit, quod officio judicis insit, & temporis & loci rationem habere: sed an utrobique propterea actione arbitraria experiundum sit, neque illic asseritur, neque in specie istius legis actioni arbitrariæ locus esse poterat, sive temporis sive loci contemplatione; cum de commodato certo loco reddendo, adeoque bonæ fidei negotio agatur, ex quo non arbitraria hæc, sed commodati actio comparata est, *l. in bonæ* 7. *ff. h. t.*

TITULUS V.

De Constituta pecunia.

SUMMARIA.

1. *Quid sit constitutum? quibus fiat formulis?*
2. *Inutile est constitutum, si quis alienum debitum constituat per errorem ut suum, vel alium soluturum; nec stipulatio inutilis valet ut constitutum.*
3. *Quis constituere possit; quibus constitui? An adjecto solutioni? an in constituendo possit alius adjici solutioni? An constitutum tutoribus, curatoribus, actoribus, fiduciariis heredibus, & hereditatis possessoribus, prosit pupillis, municipibus, fideicommissariis, & veris heredibus?*

4. *Qualia debita constitui possint? pecu*[illegible]*ella-tione hic omnia, etiam facta, com*[illegible]*m generaliter posse constitui omne i*[illegible]*bet, & quæ tunc contineantur? e*[illegible]*turæ tantum; at non civile tant*[illegible]
5. *An con*[illegible]*i possit, quod tes*[illegible]*ento*[illegible]*e-lictum*[illegible]*?*
6. *An debitum conditionale? An in diem certum debens constituere possit, se die citeriore soluturum: & an tunc ante existentiam diei vel conditionis conveniri possit?*
7. *An majorem quantitatem vel plus constituens, quam principali obligatione continebatur, obligetur in id, quod principali obligatione comprehensum est?*
8. *An constitui possit, quod debitum ab eo, qui ab hostibus captus aut deportatus est?*
9. *Sine principali debito non consistit constitutum: sufficit tamen subfuisse debitum, cum constitueretur, licet tempore existentis conditionis constituto appositæ evanuerit. Cur sortem debens non possit constituere usuras sortis; & tamen sortem debens constituere possit, se daturum pignora aut fidejussores?*
10. *Potest constitui alteri, quam cui debitum: quod Titio & Mævio tanquam correis, aut tanquam principali & adjecto debetur, soli Titio recte constituitur, sic ut postea adjecto vel alteri reo non utiliter solvatur. Potest & aliud pro alio constitui creditori volenti.*
11. *Actio de constituta pecunia cui detur, contra quem? constituentes habere possunt beneficium ordinis, divisionis, cedendarum actionum. Quid si constituerit quis* a se & Titio, *vel* a se aut Titio dari? *Quid si impersonaliter constituerit?*
12. *Quid petatur per hanc actionem? si creditor debitum ex constituto sibi oblatum acceptare nolit, non habens justam recusandi causam, non amplius ex constituto, sed tantum ex principali negotio agere potest. Nulla constituto novatio fit.*
13. *An legatus constituens id, quod in provincia debet, Romæ tempore legationis actione de constituta pecunia conveniri possit, per distinctiones explicatur?*
14. ***Constitutum hodie convenit cum fidejussione.***

1. CONstitutum in iure nostro duplex notum est, aliud possessorium, dum is, qui hactenus suo nomine possedit, constituit se velle alieno nomine possidere, & ita alienæ possessioni præbere ministerium, *l. quod meo* 18. *ff. de acquir. vel amit. possess.* aliud obligatorium, de quo hic, conventio scilicet prætoria, seu pactio a prætore confirmata, qua quis sine stipulatione promittit quod ipse vel alius debet, *ff. de constituta* 9. *Instit. de action.* sive inter præsentes, sive inter absentes nuncio vel literis, *l. qui autem* 14. *§. ult. l.* 15. *ff. h. t.* cum solus hic consensus sufficiat, licet verba desint; contra quam in fidejussione servatur propter requisitam verborum solemnitatem, contrahentium præsentiam desiderantem, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Hujus formula non una in jure occurrit, præcipue epistolis emissa; veluti, *scripsi secundum mandatum Seji, si quid tibi debitum approbatum erit, me tibi cauturum & soluturum sine controversia.* Vel, *remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus Maiis probos*, vel, *habes penes mensam meam denarios mille, quos vobis numerare debebo pridie Calendas Majas*, ut &, *decem, quæ Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum, habes penes me, domine*, *l. eum, qui* 5. *§. Julianus* 3. *l. Titius. Sejo* 24. *l. quidam* 26. *ff. h. t. l. ult. ff. de instit. action.* eoque etiam pertinet illud Apostoli Pauli, epistola ad Philemonem data pro Onæsimo servo intercedentis *vers.* 18. 19.

2. Quod si quis alienum debitum, quasi suum, per errorem constituerit, nulla talis constituti vis est, *l. ult. ff. h. t.* ut nec si constituat, alium soluturum, *l. eum, qui* 5. *§. sed si quis* 4. *ff. h. t.* neque secum pugnare Ulpianum credendum est, cum conventionem illam, qua quis constituerat, *certam personam fidejussuram pro se*, obligatoriam asserit, *l. qui autem* 14. *§. sed & si* 2. *ff. h. t.* eo quod formula tali re ipsa comprehensa est facti proprii promissio scilicet, *se fidejussorem creditori daturum*, ut satis innuunt verba prope finalia *d. §.* 2. & connexio paragraphi primi cum secundo dum in primo constituit, se pignora daturum; in secundo, se fidejussoribus satisdaturum. Sed & si quis, cum stipulari vellet, non servaverit formam stipulationis, id quod actum est non valet jure constituti, *l.* 1. *§. eum, qui* 4. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod acceptilatio inutilis valeat ut pactum utile, *l. si unus* 27. *§. pen. ff. de pactis*, *l. an inutilis* 8. *ff. de acceptilatione*; cum ita non de obligatione sed liberatione quæstio sit, & leges longe magis liberationi faveant, quam obligationi.

3. Constituere possunt omnes, qui & alias se possunt obligare, patresfam. & filiifam. *l.* 1. *§. sed si* 5. *ff. h. t.* masculi & fœminæ, si modo fœminæ non interc[illegible] *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Constituitur vero illis[illegible]uid est debitum, vel etiam aliis, qui[illegible]n est, ex creditoris ipsius voluntate; [illegible] ex consensu Mævii recte consti[illegible]vio debitum erat, sic ut ipsi Titio [illegible]o de constituto quæratur, *l. eum, qu*[illegible] *exigimus* 2. & *§. Julianus* 6. *ff. h. t.* Sine consensu ejus, cui principalis obligatio competebat, alteri constitui jura non patiuntur, in tantum, ut ne procuratori quidem, adeoque nec ei, qui solutioni tantum adiectum fuerat in prima oblatione (dum Mævius sibi aut Titio dari stipulatus erat) recte constituatur, licet ei recte solvatur, *l. sed & filios.* 7. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *§. si quis alii* 4. *Instit. de inutil. stipul.* Et quia regulariter alteri per alterum obligatio non acquiritur, hinc ineptum quoque constitutum est, si mihi constituas, te Sempronio soluturum, *l. eum, qui* 5. *§. item si* 5. *ff. h. t.* nisi ego non procuratoris, sed tantum nuncii ministerium præstem, *l. qui autem* 14. *§. ult. l.* 15. *ff. h. t.* ut tamen, sicut alias vulgo, ita & hic, alium solutioni adjectum constituto comprehendere, nihil impediat, veluti si quis mihi constituat, se mihi aut Titio soluturum; quo ipso efficitur, ut mihi quidem soli actio nascatur, sed solutio recte Titio fiat, *l. si vero* 8. *l. pen. ff. h. t.* junct. *l.* 7. *in fine ff. h. t. d. §.* 4. *Instit. de inutil. stipulat.* Quemadmodum etiam utilitatis gratia placuit, tutoribus, curatoribus, actoribus municipium valide constitui, *pupillo adolescenti aut municipibus solvi*, ut utilis inde actio muni-

cipibus, pupillo, vel adolescenti detur, *d. l. eum, qui* 5. §. *i.em tutori* 7. & §. *si acteri* 9. *ff. h. t.* Denique æquum visum fuit, ad id, quod fiduciario heredi aut hereditatis possessori constitutum fuit, fideicommissario heredi vel hereditatem evincenti hanc de constituta pecunia decerni actionem, post restitutam aut evictam hereditatem, teste Paulo in *l. si post constitutam* 22. *ff. h. t.* licet idem Paulus alibi de summo juris rigore ex aliorum mente disserens, scripserit, *plerosque putare*, cum possessor alienæ hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere neque prodesse, *l. si tibi decem* 17. §. *cum possessor* 6. *ff. de pactis*, ac Marciano Pauloque placuerit in casu non plane dissimili, fideicommissarium ipso jure ad exercendas actiones accessorias, per fiduciarium quæsitas, admittendum non esse, sed ex fideicommisso petere debere, ut sibi ab herede cedantur actiones recenter natæ, *l. qui ita institutus* 66. §. 2. *l. si heres pecuniam* 73. *ff. ad Senatusc. Trebell.* aliter Cujacius *ad d. l.* 17. §. *pen. ff. de pactis*, refutatus ab Ant. Fabro rursus aliud statuente, & Triboniani adjectionem in d. l. 22. arguente in *rational. ad d. l.* 17. §. *pen. ff. de pactis*.

4. Constitui potest omne debitum, proprium & alienum, sive corporalium sive incorporalium rerum, sic ut hic pecunia non stricte accipiatur pro sola numerata, uti id est in Macedoniano, sed pro omnis generis rebus in obligationem deductis, in latissima significatione, *l. pecuniæ nomine* 222. *ff. de verbor. signif. l.* 2. *C. h. t.* in tantum, ut & facta comprehendantur, quippe quæ etiam constituto promitti posse, colligitur ex *l. si duo* 16. §. 2. & *ult. l.* 17. *ff. h. t.* & res, quæ jam interierunt, si modo ante interitum mora facta sit, & ita obligatio perpetuata, *l. promissor Stichi* 21. *l. promissor hominis* 23. *ff. h. t.* Nec interest, ex qua causa debitum [illegible], sive ex conventione, sive ex delicto, veluti [illegible], dote, legato, furto, injuria; sive certum [illegible] debitum, sive incertum, forte ex tutelæ aut [illegible] tæ rationibus necdum redditis desc[illegible] *debitum* 6. *l. qui injuriarum* 29. *ff.* [illegible] constituat, se omnia Titii debita solu[illegible] casu etiam id, quod Titius non suo sed fidejussorio nomine debet, solvere obstrictus foret. Vide Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 506. Sive quantitas certa constituto expressa fuerit, sive non; cum ex relatione ad præcedentem obligationem satis de quantitate constet, *l. qui autem* 14. *pr. ff. h. t.* junct. §. *præterea* 5. *in fin. Inst. de inutil. stipulat.* Sive naturale tantum subsit debitum, sive naturale & civile simul, si modo tale sit, quod per exceptionem enervari nequit, *l.* 1. §. *pen. l. quod si maritus* 3. §. 1. *ff. h. t.* Quamvis enim pacto posteriore redintegrari possit obligatio, cujus æquitas pacto priore *de non petendo* sic sublata fuerat, ut agens peremtoria potuisset exceptione repelli, *l. si unus* 27. §. *pactus* 2. *ff. de pactis*, tamen, quia tunc, cum pecunia summo tantum strictoque jure civili debita est, nullum apparet amplius aut superest æquitatis vinculum, arg. *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis* 4. *ff. de solutionib.* etiam nihil est, quo prætor moveretur ad hanc actionem ex suo edicto ex bono & æquo accommodandam, quippe quam non alia de causa introduxit, quam ut naturali faveret æquitati, ac confirmaret ea, quæ & ante constituti vinculum erant debita, *l.* 1. *pr.* & §. 1. 6. *ff. h. t.* a[illegible] debita, neque creditores proprie esse in[illegible] qui perpetua possent exceptione summo[illegible] 55. *l. debitor.* 108. *ff. de verbor. signif.* [illegible] 1. *in fin. ff. h. t.*

[illegible] autem, quod sufficit, naturale subesse debitum, dubitatum fuit, an recte in constitutum deducatur, quod imperfecto testamento relictum est. Et quamvis Ant. Matthæo *de obligationibus disp.* 32. *thes.* 5. visum fuerit, efficacem ex tali constituto non nasci obligationem, quia ex imperfecto testamento neque civilis neque naturalis obligatio producta erat, sine qua constitutum non subsistit: tamen pro constituti validitate hic standum existimo. Si enim heres fideicommissa inutiliter relicta, ac post compertam defuncti voluntatem præstita, repetere nequeat, quia ex conscientia relicti fideicommissi satisfactum videtur defuncti voluntati, *l. etsi inutiliter* 2. *C. de fideicommissis*, si voluntatem defuncti, quæ circa legata vel fideicommissa legibus non erat subnixa, necessario implere compellatur, postquam eam sua sponte agnovit, *l. non dubium* 16. §. 1. *C. de testamentis*, si tunc, cum solemnitas juris deest, heres ad solutionem urgeri possit, postquam amplexus voluntatem defuncti legatariis stipulantibus præstare relicta promisit, *l. si veritas* 23. *C. de fideicommissis*, si denique efficax & obligatoria sit promissio solvendi integra legata, licet non ultra dodrantem ob intervenientem legis Falcidiæ rationem potuissent peti, quoties apparet, heredem plenam voluisse fidem testatori exhibere, ac voluntatem ejus sequi, *l. ult. C. ad leg. Falcid.* arg. *l. patrem* 19. *l.* 20. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* nulla sane videtur subesse ratio sufficiens, cur non & constituto eorum, quæ imperfecta fuerant voluntate relicta, similem tribuamus obligandi potestatem: præsertim cum in aperto sit, prætorem æquitate rei motum, suo quoque edicto non raro imperfectas sustinuisse ac confirmasse voluntates, data secundum tabulas bonorum possessione, *l. posthumus* 12. *ff. de injust. rupt. irrit. testam.* §. *non tamen* 6. *inst. quib. mod. testam. infirm. tot. t. ff. de bonor. possess. secund. tab.* Nam quod objicitur, nullam hic naturalem subesse obligationem, quam constitutum prærequirit, id vero gratis assumitur, tunc saltem, cum heredi comperta satis est defuncti voluntas, dum vel ei condendæ ipse interfuit, vel ita perspectam habet testium, intra numerum solemnem aut sine subscriptione vel signatione adhibitorum fidem atque integritatem, ut de veritate eorum, quæ per illos asseruntur defuncto placuisse, dubitare secum haud sustineat, arg. §. *ult. inst. de fideicom. hered. l. ult. C. de fideicommissis*, Fachineus *controv. lib.* 4. *cap.* 5. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 90. etsi non omnem juris effectum, naturalibus alioquin obligationibus per leges tributum, hæc sortiatur, ac propterea soluta per errorem ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa repeti possint indebiti condictione, *l. fideicommissum* 7. *C. de condict. indeb.* quemadmodum id etiam in obligatione, quam pupillus sine tutoris auctoritate promittendo contraxit, contingit, *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb.* qualem tamen pupilli obligationem novari, in constitutum deduci, fidejussores ac pignora admittere, extra dubium est.

6. Sed nec refert, purum [illegible] debitum quod constituitur, an ex conditione [illegible] certo vel incerto suspensum; & quamvis pro [illegible] in diem vel sub conditione fidejussor pure [illegible] fidejubeat, nec ullatenus obligetur, *§. fidejussores* 5. *instit. de fidejussor.* aliter tamen in constituto servatur, ubi eum, qui ex certo die debet, si se die citeriore soluturum constituerit, teneri Paulus libro vicesimo nono ad edictum adnotavit, *l. quod si* 3. *§. ult.* [illegible] 4. *ff. h. t.* non ita, ut constituens cum effectu maturius conveniri posset; sic enim durior foret accessoria obligatio, quam principalis, contra *l. Græce* 8. *§. illud* 7. *ff. de fidejuss.* sed magis, ut tunc demum, cum appositus obligationi principali dies extiterit, ex constituto cum eo agatur: eo quod ex eodem Paulo in iisdem ad edictum libris discimus, id quod sub conditione debetur, sive pure sive certo die constituatur, eadem conditione suspendi; ut, existente conditione, teneatur; deficiente, utraque actio depereat, *l. id, quod sub.* 19. *pr. ff. h. t.*

7. Simili ratione, si centum debens, ducenta constituat, in centum tantum tenebitur, quia ea pecunia debita est, & quod supra eam quantitatem solutum ex constituto fuerit, condici posset tanquam indebitum; nisi sciens prudensque plus constituisset & solvisset, quia tunc ratione ejus, quod principale debitum excedit, non alia quam donationis conjectura capi potest, *l. hactenus* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris, l. Campanus* 47. *ff. de operis libertor.* Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 32. *n.* 6. Dissent. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 10. Sed &, si decem debeantur, & *decem & Stichum* quis constituat, potest dici, in decem tantummodo eum teneri, *l. sed & si* 12. *ff. h. t.* Quibus porro & illud consentaneum est, eum, qui & sortem, & usuras quæ non debeantur, constituit, in sortem duntaxat ex constituto teneri, *l. hactenus* 11. *§.* 1. *in fine ff. h. t.* atque ita de usuris ex præcedente obligatione non debitis accipiendum Marcelli responsum in *l. Titius Sejo* 24. *ff. h. t.* uti ex adverso de usuris debitis Scævola in *l. quidem* 26. *ff. h. t.*

8. Quod si is debeat, qui ab hostibus captus est, hoc quoque constitui ab alio, nihil impedit, cum maneat obligatio non obstante captivitate; sive enim captivus postea revertatur, atque ita jure postliminii fingatur in urbe perpetuo fuisse, ipse tempore constituti celebrati debitor erat: sive contra apud hostes decesserit, ex legis Corneliæ fictione primo captivitatis momento pro mortuo habitus, etiam ex eo tempore heredes habuisse fingitur, ex captivi, quasi defuncti, capite tunc, cum constituebatur, obligatos; sic ut non defuerit eo casu obligatio principalis, *l. hactenus* 11. *ff. h. t.* Alia debitoris deportati causa est; pro cujus debito, quod deportatione vetustius est, alius neque constituere neque fidejubere potest; quia tota obligatio contra eum, nec postliminii nec legis Corneliæ fictione juvandum, extincta est; bonis ejus omnibus una cum oneribus in fiscum translatis, *l. si debitori* 47. *ff. de fidejussoribus.*

9. Ubi ergo in universum deficit principale debitum, non valet constitutum, nec erronea constituentis confessio ei nocet, *l. eum, qui* 5. *§. quod exigimus* 2. *l. ult. ff. h. t. l.* 2. *C. h. t.* arg. *l. si quis, postquam* 57. *ff. de fidejussor.* Ut tamen sufficiat ad constituti validitatem, quod subfuerit principalis obligatio tempore constituti, licet post evanuerit, antequam existeret conditio appo ita, vel dies, quo quis constituerat se soluturum; quia retrorsum se hæc actio refert; veluti, si quis constituerit, se pœnam ex injuriæ rapinæ aut alterius similis delicti obligatione temporali seu annali debitam soluturum post triennium, aut sub conditione demum post annum existente, *l. item illa* 18. *§. quod adjicitur* 1. *ff. h. t.* Neque etiam requisitum illud principalis debiti impedit, quo minus debitor constituat, se in debiti illius securitatem fidejussores aut pignora daturum, licet ad neutrum ante obstrictus esset, *l. qui autem* 14. *§.* 1. 2. *ff. h. t.* Et tamen, sortem debens non recte constituit usuras principaliter non debitas, *l. hactenus* 11. *§.* 1. *l. Titius Sejo* 24. *ff. h. t.* Si quæras, quorsum hæc tam varie? meminisse oportet, accessorias obligationes in duriorem quidem causam inutiliter concipi, *l. Græce* 8. *§. illud* 7. *ff. de fidejussor.* duriorem vero causam esse, si quis augeat sortis debitum additamento usurarum, arg. *d. l.* 11. *§.* 1. junct. *l.* 12. *ff. h. t.* Sed jura non intercedere, quominus accessoria obligatio vinculo arctiore aut fortiore, quam principalis, adstringatur; ita fidejussorem vel constitutorem pro debito naturali intervenientem efficaci actione ex stipulatu vel de constituta pecunia ad solutionem compelli posse, dum principalis, qui tantum natura debitor est, nulla potest actione conveniri. Cum ergo per fidejussoris aut pignoris dationem etiam obligatio non augeatur, sed tantum magis in tuto collocetur (uti ex adverso per pignoris remissionem debitum non minuitur, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de liberat. legata*, arg. *l.* 1. *§.* 1. *ff. quibus mod. pig. vel hypoth. solv.*) consequens erat, eum, qui fidejussores aut pignora pro debito principali se daturum constituerat, eo ipso in duriorem causam non esse obligatum; uti quidem obligaretur, qui constitueret non debitas ex negotio principali usuras.

10. Quin & amplius, præsupposito principali debito, necesse non est, ut eidem, cui ab initio debitum, constituatur: nam & id, quod Titio debebatur, Mævio recte constitui ex Titii voluntate, ante dictum est; & quod Titius sibi aut Mævio dari stipulatus erat, quodve Titio & Mævio tanquam duobus credendi reis promissum erat, soli deinceps Titio constitui, subducta Mævii adjecti vel correi persona, nihil vetat, *l. si vero mihi* 8. *in fin. l.* 9. & 10. *ff. h. t.* adeo ut debitor deinceps adjecto vel alteri credendi reo solvens non liberetur, sed Titio teneatur, repetiturus id, quod adjecto vel correo solvit, per indebiti condictionem; quia loco ejus, cui jam solutum est, is haberi debet, cui constitutum est, *d. l.* 8. 9. 10. *ff. h. t.* Nec secum pugnat Paulus JCtus in *l. si ita stipulatus sim.* 59. *ff. de solution.* cum intersit, utrum debitor constituerit *se soli Titio* soluturum, an vero, cum prius Titio promisisset se Titio aut Mævio soluturum, postea Titio simpliciter constituat, *se Titio soluturum*; priori enim casu, quo se *soli Titio* soluturum constituit, revocatum censetur mandatum, de solutione adjecto facienda, & de eo agit *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.* posteriore casu videri non potuit revocatum mandatum, nec, exclusa adjecti persona ad solutionem recipiendam, sed magis simpliciter repetita in gratiam Titii obli-

gatio, quæ ante suberat, ac soli Titio non autem adjectο fuerat ex priore stipulatione quæsita. Sed nec requiritur, ut præcise constituatur, idem solvi, quod debitum est; sed cum forte Stichus aut Pamphilus deberetur, solus Stichus in constitutum deduci potest, *l. illud aut illud* 25. *ff. h. t.* Et quemadmodum aliud pro alio volenti creditori recte solvitur, ita & aliud pro debito, pro pecunia frumentum, constitui, nihil prohibet, *l.* 1. *§. an potest* 5. *ff. h. t.* Aliter quam in fidejussione receptum est; in qua in aliam rem, quam quæ credita est, (veluti in frumentum, cum pecunia deberetur) fidejussor non obligatur, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus*, forte, quia naturalem æquitatem magis in constituto considerari prætor voluit, quam juris civilis apices ac scrupulositates fere nimias, in fidejussione ac stipulationibus generaliter probatas.

11. Ex constituto nascitur honorario jure actio de constituta pecunia, perpetua, licet olim quibusdam casibus annalis esset, *l.* 2. *C. h. t.* competens ei, cui constitutum est, & heredi, nec non utiliter pupillo, adolescenti, furioso, aut municipio, cujus tutoribus, curatoribus, actoribusve promissum erat ex constituto, quod ipsi erat debitum, *d. l. eum, qui* 5. *§. si actori* 6. *ff. h. t.* Contra constituentem & heredem ejus. Si plures constituerint, divisionis beneficio locus est, si unus eorum in solidum conveniatur, exemplo fidejussorum, *l. ult. C. h. t.* Neostadius *Cur. supr. decis.* 97. Nec dubitandum videtur, quin & ad exemplum fidejussionis ac tutelæ administratæ in constituto beneficium cedendarum actionum admittendum sit; uti & ordinis seu excussionis, quoties quis non proprium sed alienum debitum constituit, arg. *novell.* 4. *c.* 1. *l. ult. Cod. de divid. tutela*, *l. Modestinus* 76. *ff. de solutionibus*, Pyrrhus Maurus *de fidejussor. partis secundæ princip. sect.* 6. *cap.* 3. *num.* 6. & *cap.* 5. *num.* 16. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 28. *n.* 1. Besoldus *delib. juris* [illegible] *Pand. h. t. numer.* 5. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 13. *defin.* 1. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 21. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 32. *thes.* 19. 20. Perezius *Cod. h. t. n. qui se pro alio* 14. licet etiam habiturus sit ad fidejussorum similitudinem actionem mandati vel negotiorum gestorum adversus principalem, pro quo constituit, ac satisfecit, arg. *§. si quid autem* 6. *Instit. de fidejussor. l. ex mandato* 20. *§.* 1. *ff. mandati*. Si quis in constituendo dixerit, *a se & Titio dari*, pro parte dimidia; sin, *a se aut Titio dari*, in solidum tenetur: nullo vero modo obligatur, si impersonaliter (ut loquuntur) dicat, *satisfiet*, *auth. si quando C. h. t.* quamvis aliud in stipulatione servetur; in qua, cum præcedat solemnis interrogatio, facilius etiam verbi istius *satisfiet* applicatio fieri potest, quam ubi interrogatio haud antecessit, ut accidit in constituto, arg. *l.* 1. *§. si quis ita* 2. *ff. de verb. obligat.* Groenewegen *ad d. auth. si quando C. h. t.* Perezius *C. h. t. n.* 4.

12. Agitur autem hac actione ad id, quod constitutum seu promissum est, indultis tamen modicis ad solvendum induciis, non minoribus quam decem dierum, ut exactio celebretur, etiamsi sine die constitutum sit, *l. promissor Stichi* 21. *§. si sine* 1. *ff. h. t.* ut tamen liberetur constituens, si sine mora aut culpa debitoris res perierit, aut casu impeditum sit facti constituti implementum, *l. qui autem* 14. *§. sed & si* 2. [illegible] 6. *§. ergo ff. h. t.* Estque singulare in co[illegible]uod, si creditor tempore faciendæ soluti[illegible]a fuerit acceptandi totum debit[illegible] oblatum, [illegible]iam ante aut post diem constituto appositum acceptare recusaverit, nullam habens probabilem recusandi causam, postmodum ultra nequeat hac de constituta pecunia actione experiri, sed sola principalis obligatio ei dein[illegible] supersit; cum [illegible]quin mora prior per poste[illegible] purgetur, *l. qui duo* 16. *§. ult. l.* 17. *l.* 18. *pr. ff. h. t.* Beulkelman *ad Pandect. h. t. num.* 9. Prætor scilicet sibi visus fuit satis invigilasse ac favisse tuitioni fidei datæ, quam fallere grave putabat, si suo edicto jussisset implementum ejus, & debitor edicto parens, secundum fidem interpositam paratus fuisset promissa præstare; nec amplius deinde post moram creditoris tantam deprehendere potuit æquitatis rationem, ut præter jus civile remedium accommodaret ei, qui propriæ debebat moræ imputare, quod non haberet, quæ sibi licuerat edicti prætorii beneficio oblata habere: & non potius eundem ad merum remitteret jus civile, quo ante constituti interpositionem adversarium suum sibi tenuerat devinctum. Advertendum enim, nullam constituto novationem fieri, sed obligationi priori aliam ex constituto accedere, & si quis pro alio constituat, adhuc eum, pro quo intervenit, manere obligatum, perinde ut in fidejussione, *l. ubi quis* 28. *ff. h. t. l. si filiusfamilias* 15. *ff. de in rem verso*, *l. curatores* 3. *§. in cum* 2. *ff. de administr. rer. ad civit. pertin.* Perezius *C. h. t. nu. ult.* Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 52. *num.* 12. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 27. *nu.* 1. Usque adeo, ut ne per intentatam quidem seu contestatam hanc de constituta pecunia actionem, prior obligatio evanescat, sed demum per solutionem, *l. item illa* 18. *§. ult. ff. h. t.* nec careat competentiæ beneficio hac conventus actione, qui ex priore obligatione ad solvendum compulsus eo opposito se potuisset tueri, *l. quod si maritus* 3. *pr. ff. h. t. l. qui id, quod* 33. *ff. de donationibus*.

13. Quia vero constituto æque ac aliis conventionibus locus addi potest, sive principali debito inveniatur appositus, sive non, *l. eum, qui* 5. *l. si duo* 16. *§. ff. h. t.* operæ pretium fuerit, distinctionibus adhibitis definire, quis constituti effectus sit, si legatus municipii constituerit quod ante legationem debebat; adeoque, quo tempore, quove in loco actione hac de constituta pecunia queat conveniri. Aut enim ante legationem Romæ obeundam adhuc in provincia existens, simpliciter constituit, *se soluturum*: aut 2. ante legationem constituit, *se Romæ soluturum*: aut 3. adhuc in provincia subsistens, constituit, *se tempore legationis Romæ soluturum*: aut 4. Romæ legationis causam jam degens simpliciter *se soluturum* constituit, sine loci vel temporis adjectione: aut denique 5. Romæ legatione jam fungens, constituit, *se Romæ soluturum*. Primo casu, cum nempe ante legationem simpliciter constituit, *se soluturum*, non potest Romæ legationis tempore conveniri; quia nec id actum, ut Romæ, nec ut legationis tempore solvat, arg. *l. cum quæritur* 3. *ff. de legationibus*. Sed nec in secundo casu, quando in provincia constituit *se Romæ soluturum*, legationis causa postea Romæ existens, ibidem tempore legationis hanc pati tenetur actionem, *l. eum, qui* 5.

§. *Julianus* 1. *in med. ff. h. t.* (ubi pro *sed & si*, legendum, *sed si* cum Haloandro & aliis) idque ex ratione, quia nec hic id actum fuit ut legationis tempore solutio fiat; quod exigit *d. l.* 3. *ff. de legationibus*. Tertio vero casu, ubi in provincia constituerat, *se tempore legationis Romæ soluturum*, recte legatione durante Romæ ad solutionem compellitur; eo quod id ita nominatim actum erat, *d. l.* 4. *ff. de legat.* Quarto casu, quo Romæ tempore legationis simpliciter sine loci aut temporis adjectione constituerat, *se soluturum quod in provincia debet*, non cogitur Romæ legationis tempore judicium pati secundum Gajum *l. si quis in legatione* 8. *ff. de judiciis*; iterum, quia id actum non erat, ut legationis tempore satisfierit, juxta *d. l.* 3. *ff. de legation.* Nec ei contrarius est Ulpianus in *d. l. eum, qui* 5. §. *Julianus* 1. *in pr. ff. h. t.* nam cum ait, *legatum Romæ constituentem, quod in provincia acceperat, conveniri debet*, intelligendus est de legato Romæ constituente, se Romæ soluturum; idque propter oppositum isti casui casum alterum in verbis sequentibus, *sed si, cum non Romæ esset, sed in provincia adhuc, constituat se Romæ soluturum*; cum oppositorum eadem esse ratio debeat & eædem qualitates. Non etiam repugnat Papinianus, qui legatum Romæ fidejubentem ait non usurum privilegio, *l. cum furiosus* 39. §. *ff.* 1. *de judiciis*, differentiæ enim ratio in eo est, quod non ita rigide agendum cum eo fuerit, cum quo ex sola æquitate prætoria actio ex pacto erat, qualis est constituens, atque quidem cum fidejussore, qui ipso jure civili ex contractu stipulationis tenebatur. Quinto denique casu propter expressam conventionem iterum expedita est, legatum scilicet tempore legationis hanc cogendum subire actionem, *d. l.* 3. *ff. de legation.*

14. Ceterum hodie constituti & stipulationis eadem vis est, ex quo placuit ex pacto serio prolato actionem dari; unde & pro alio constituens, effectu a fidejussore non differt. Gudelinus *de jure noviss. libr.* 3. *cap.* 11. *vers. fidejussores*, Groenewegen *ad rubr. C. h. t.* parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 8. *Instit. de action. num.* 5.

TITULUS VI.

Commodati vel contra.

SUMMARIA.

1. *Quomodo commodatum differat a precario, locatione, usufructu, usu, pignore cum pacto antichreseos. Quales res commodato dari possint? an alienæ, furtivæ, vi possessæ?*
2. *Quid sit directa actio commodati? datur & furi ac prædoni. Quid si cum his concurrat verus dominus? Quid, si quis rem alienam commodato dederit ea lege, ut illa domino reddatur?*
3. *Datur contra commodatarium. An, & quatenus contra pupillum, qui sine tutore commodatum accepit? An & quando singuli in solidum, aut pro parte, conveniri possint, si plures sint commodatarii, vel plures unius commodatarii heredes?*
4. *Ad quid teneatur commodatarius? Quid si res perierit aut deterior sit reddita, quam culpam præstet? Quid si orto incendio, aut casu alio, cum posset commodatas res salvas facere, suas prætulerit? Quid si is, qui triclinium sternebat, argentum commodaverit, & id negligentius a commodatario custoditum perierit?*
5. *Non tenetur de casu fortuito. Casus fortuitus & tunc est, cum res deterior fit ipso illo usu, ad quem concessa; vel facto tertii; nisi ipse potuisset rem custodire; vel ipse sua culpa tertium concitaverit; vel factum commodatarii sit.*
6. *An commodatarius teneatur commodanti ex culpa nuncii, per quem commodatum restituit?*
7. *Cessat directa actio, si commodans culpam remiserit, vel deteriorem receperit sine protestatione, cum deterioratio patens esset.*
8. *Contraria commodati actio ad quid tendat? si commodatarius ob rem amissam præstiterit æstimationem ejus, & postea res in potestatem commodantis redierit, an res an æstimatio reddenda sit, & cui hic electio competat?*
9. *Petitur & id quod interest, usum ante tempus non esse ablatum, licet commodans doceat, se re ex nova causa ad proprios usus indigere. Quando fieri possit repetitio commodati, si illud sine modi & temporis adjectione concessum sit?*
10. *Jure compensationis commodatarius consequi potest quod contrario petitur judicio, si termini habiles compensationis sint. An corpora ipsa commodata retineri possint, donec impensæ in ea factæ restitutæ fuerint, jure civili & hodierno?*

1. Commodatum est contractus bonæ fidei, re constans, quo res alteri gratis ad certum tempus & modum utenda traditur ea lege, ut finito tempore vel usu, restituatur in specie. In precario quidem, & locatione, & usufructu, & usu & pignore cum pacto antichreseos, rem etiam ad usum concedi palam est; sed diversimode, dum in locatione & antichresi non gratis, in precario non ad certum tempus, in usufructu non per contractum tantum, sed & per ultimam voluntatem & legis dispositionem, alteri tribuitur utendi jus. Commodato autem dari possunt res mobiles, immobiles, incorporales, velut habitatio, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* & prædiales servitutes, arg. *l. velut* 3. & *l. habet* 15. §. *precario* 2. *ff. de precario.* Adde *t. de usu & habit. num.* 6. Non tamen res fungibiles, quæ usu consumuntur, nisi dicis gratia, ad pompam forte vel ostentationem, *l. sed mihi videtur* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.* De cetero nihil interest, an propriæ sint ejus qui commodato concedit, an alienæ; cum enim dominium non transeat ex commodato, sed sola naturalis possessio seu detentio & usus, *l. rei commodatæ* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* sequitur, non modo dominos, sed & fructuarios, & alios quosvis, qui rei utendæ jus habent, nec usum istum in alios transferre legibus prohibentur, posse commodato dare; sic ut nec verus dominus tunc usum istum avocare queat, quamdiu durat concedentis jus, arg. *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Plane prædones etiam ac fures posse rem furtivam aut vi raptam aliis commodare, dubium non est, at non ita, ut domino præjudicent, quo minus ille ante tempus vel usum finitum rem suam vindicet, quin & furti actionem aut condictionem furtivam commodatario moveat, si is, sciens rem furtivam esse, eandem ex commo-

dati titulo suscepit ac contractavit, *l. si servus* 14. *l.* 15. *l.* 16. *ff. h. t.*

2. Nascitur ex hoc contractu commodati actio directa & contraria. Directa datur commodanti, etiam furi vel prædoni: tametsi enim his pœnalis furti actio, meram pœnæ persecutionem continens, denegata est, ne ex sua improbitate lucrum sentiant, *l. itaque* 12. §. 1. *ff. de furtis*, tamen hæc rei persecutoria danda fuit; cum eorum intersit rem sibi restitui, quo suis eam dominis reddant, *d. l.* 14. *&* 16. *ff. h. t.* Nisi cum ipsis, hac commodati actione agentibus, verus concurrat rei dominus rem suam vindicans; nam cum non alia de causa prædonibus hæc commodati actio detur, quam ut tandem eorum opera ad dominum res furtiva revertatur, his nullum jus in re habentibus, & ad rem ipsi domino reddendam devinctis, dominum vindicatione concurrentem postponi, iniquum foret, arg. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. depositi.* Quod si quis rem alienam ea lege commodato dederit, ut non sibi sed vero rei domino restituatur, jure quidem stricto nulla inde commodati actio domino rei nasci potuit; ob æquitatis tamen rationem, quæ rem domino reddi suadet, utilis concessa est, *l. pen. C. ad exhibendum.*

3. Convenitur hac actione directa commodatarius, & heres ejus: etiam pupillus, si tutore auctore commodatum receperit: etenim, si tutoris defuerit auctoritas, commodati actione non tenetur, quoniam ita nec constitit commodatum in pupilli persona, nisi quatenus inde locupletior factus est, secundum D. Pii rescriptum, *l.* 1. §. *ult. l.* 3. *pr. ff. h. t.* usque adeo, ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione conveniri nequeat, quia ab initio non constitit, *d. l.* 1. §. *ult. in fine ff. h. t.* Unde tamen perperam educitur, nullam ergo ob dolum post pubertatem commissum actionem dari. Cum enim inficias iri nequeat, quin post pubertatem ita rem sine titulo justo tenens, nec domino restituens, pro possessore possideat, dubium vix esse potest, quin, si rem ita commodatam dolo malo possidere desierit, ad exhibendum actione & rei vendicatione conveniri possit, dum dolus pro possessione est, *l. in autem* 37. §. *sed & is* 3. *ff. de rei vind. l. Celsus scribit* 5. §. *idem Julianus* 2. *l. si vir* 11. *ff. ad exhibend. l. qui dolo* 131. *l. ad ea, quæ* 157. §. 1. *ff. de reg. jur.* sed & ex lege Aquilia, si dolo vel culpa reddiderit deteriorem, arg. *l. si quis hominem* 17. *ff. ad exhibendum*, cum ætas minores legis Aquiliæ actioni non subducat, uti nec aliis ex delicto descendentibus, sed ad id unum proficere possit, ut restituantur, si ex ea lege conventi sese dupli pœnæ per inficiationem reddiderint obnoxios, *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. de minorib. viginti quinque ann.* Si pluribus simul res commodata sit, contra singulos in solidum actio hæc datur, nisi aliud ab initio placuerit; uti placuit, dum convenit, ut res esset commodata pluribus *communi periculo*, idest, ut unusquisque partem præstaret, *l. rem mihi* 21. §. 1. *ff. h. t.* Pacius *enant. cent.* 4. *num.* 41. Tali ergo deficiente conventione, singuli in solidum obstricti sunt, sic ut duo quodammodo rei habeantur, & si alter conventus præstiterit, liberetur alter electione commodanti tributa, quem convenire velit, *l. si, ut certo* 5. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. in duobus* 3. *l. reos promittendi* 11. *ff. de duob. reis constituend.* Cujacius *lib.* 28. *observ.* 26. nisi unus solus pro re commodata, sibi furto subducta, furti egerit, permittente secundum jus novissimum commodante & furti actioni renunciante: tunc enim, si alter conveniatur, qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, audiendus ac absolvendus est, *l. unde quæritur* 7. *pr. ff. h. t.* Quin &, si unus ex duobus ejusdem rei commodatariis solus rei in solidum restituendæ facultatem habeat, alterum de rei ipsius restitutione conveniri, æquum non est: nam & cum plures ejusdem commodatarii heredes sunt, unus autem eorum rem totam possidet, atque ita solidæ rei restituendæ facultatem habet, solus in id damnari debet, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat; uti & tunc, cum unus eorum non ex defuncti, sed proprio facto, hac actione interpellatur: licet alioquin ita jus sit, ut heredes ejus, qui commodatum accepit, singuli pro ea tantum parte, qua heredes sunt, conveniendi sint, *l. sed mihi* 3. §. *heredes* 3. *l. in commodato* 17. §. *si ex facto* 2. *ff. h. t.* Quod si filiofamilias aut servo commodatum sit, contra patrem vel dominum de peculio actio est; cum ipso filiof. etiam hæc commodati, *l. sed mihi* 3. §. *filiof.* 4. *ff. h. t.*

4. Tendit hæc actio directa ad id, ut restituantur res commodatæ cum accessionibus; adeo ut, si equum tibi commodato dedi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam præstare, atque ita eum quoque cum equa reddere debere obtinuerit, *l. si, ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *ff. h. t.* Non tamen ad furti pœnam, si commodatarius furtum in re commodata passus, duplum aut quadruplum a fure per actionem furti consecutus sit, *l. ult.* §. *sed cum* 3. *Cod. de furtis & servo corrup.* Duabus rebus commodatis, recte de una restituenda agitur, si modo commode separari possint: nam eum, qui carrucam vel lecticam commodavit, non recte de singulis partibus acturum, responsum est, *l. in commodato* 17. §. *pen. ff. h. t.* Si res perierit, præstanda æstimatio ejus; adeo ut ob dolum commodatarii non restituentis etiam in litem jusjurandum deferri possit, *l. sed mihi* 3. §. *in hac* 2. *ff. h. t.* ob culpam nudæ æstimationis, & ejus quod interest, condemnatio sequatur, *l. in commodato* 17. §. *ult. ff. h. t.* quod & placuit, si res deterior reddita sit, *d. l. sed mihi* 3. §. *si reddita* 1. *ff. h. t.* aut alio, quam convento loco & tempore restituatur, *d. l. si, ut certo* 5. *pr. ff. h. t.* Culpam sane omnem a commodatario ex commodati natura præstari oportet, nisi aliud actum sit: aut nisi contrahentis utriusque, vel solius commodantis utilitas in commodato vertatur: tunc enim illo quidem casu de sola levi, hoc vero de sola lata culpa ac dolo commodatarium teneri, certum est, & exemplis docetur in *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *&* §. *interdum* 10. *l. in rebus* 18. *ff. h. t.* §. 2. *Inst. quib. mod. re contrah. obligat.* Culpæ vero & illud adscribendum est, si quis, cum & propriis & commodatis rebus a vi latronum, incendio, ruina, naufragio, tumultu, damnum immineret, ac posset res commodatas salvas facere, suas prætulerit, *l. si, ut certo* 5. §. *quod vero senectute* 4. *ff. h. t.* arg. *l. tutor secundum* 13. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* non enim salva fide minorem rebus alienis suæ fidei commissis, veluti depositis multoque magis

commodatis, diligentiam quis præstat, quam suis, *l. quod Nerva* 32. *ff. depositi, cap.* 2. *extra de deposito.* Imo, in commodatis commodatarium exactiorem præstare debere diligentiam, quam in suis, Paulus notat, *l. custodiam* 3. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Cumque inter magis & minus pretiosas lex non distinguat, nec nostrum erit in hisce distinctionem adhibere. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 10. *num.* 15. diss. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 12. Wissenbach. *ad Pand. t. depositi, vol.* 1. *disp.* 31. *num.* 26. Sed & culpæ merito adnumeraveris, si per negligentiorem rei commodatæ custodiam res illa perierit; etiamsi ipse commodans circa applicandum rei commodatæ usum suam ipse commodatario operam ac ministerium præstitisset. Qua ratione in nobili facti specie ab Ulpiano responsum fuit, si de me petiisses, ut triclinium tibi sternerem, & argentum ad ministerium præberem, & fecero; deinde petiisses, ut idem sequenti die facerem, & cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero & perierit, custodiam eum debere præstare penes quem res relictæ erant, nisi aliud nominatim convenerit, *l. si, ut certo* 5. §. *fide me* 14 *ff. h. t.*

5. Casum fortuitum in re aliena uti nemo ex contractu præstare solet, ita nec commodatarius, nisi ita convenerit; vel forte rem æstimatam commodato receperit ea lege, ut aut rem commodatam restitueret, aut æstimationem ejus; vel culpa quædam commodatarii præcesserit, quæ casui subsecuta causam dedit, *d. l.* 5. §. 3. 4. 7. *ff. h. t. d.* §. 2. *Inst. quib. mod. re contrah. oblig. l.* 1. *C. h. t.* Accensendum autem casui fortuito tum illud, quod res deterior reddita sit ex eo usu, ad quem concessa; cum sit, quod sibi imputet commodans, quod verbigratia equum in tam longum iter commodaverit, qui eum laborem sine deterioratione sustinere non potuit, *l. eum, qui* 10. *pr. l. ult. ff. h. t.* tum etiam factum tertii, dum is forte rem commodatam citra commodatarii culpam nullo jure retinet; veluti si res ad id commodata sit, ut per commodatarium pignori daretur creditori ejus, & creditor repignorationem seu luitionem pignoris non patiatur, quo posset commodanti restitui, vel debito jam soluto reddere detrectet; tunc enim commodatarius liberari potest cedendo suas actiones commodanti contra creditorem, commodatum tenentem: ita tamen, ut sumtum istius litis, cæteraque impendia similia agnoscere debeat, qui commodatum accepit, *l. si, ut certo* 5. §. *rem tibi dedi* 12. *ff. h. t.* Sed & si tertius rem commodatam corruperit ac deteriorem reddiderit, non commodatarii sed commodantis domini damnum est, nisi commodatarius ipse rem potuisset custodire, ne damnum ei per tertium inferretur, *l. ad eos* 19. *ff. h. t.* junct. *l. sed de damno* 41. *ff. locati, l. si ut certo* 5. §. *si me rogaverit* 13. *ff. h. t.* (ad quam vide Ant. Fabrum in rational.) vel nisi ipse sua culpa aut imprudentia præbuerit tertio damni dandi occasionem, arg. *l. lectos* 12. *l.* 13. *l.* 14. *ff. de peric. & commodo rei vend. l. si merces* 25. §. *culpæ* 4. *ff. locati.* Adde *t. de leg. Aquil.* vel denique ex pluribus commodatariis unus damnum rei commodatæ intulerit; ex illo enim unius facto non eum solum, sed & reliquos teneri placuit, regressum habituros, actione sibi per commodantem cessa, adversus eum, qui damnum dedit, *l. unde quæritur* 7. §. 1. *ff. h. t.* quia plures ejusdem rei commodatarii quodammodo correi habentur, *l. si, ut certo* 5. §. *ult. ff. h. t.* factum autem unius correi alteri nocet, *l. pen. ff. de duob. reis constituendis.*

6. Unde dubitatum, an, & ex culpa nuncii per quem commodati restitutio fit, commodatarius commodanti teneatur? Si ipse nuncii operam elegerit, vel alius sese mandato commodantis de re recipienda instructum finxerit, & commodatario nimus credulo persuaserit, est quod commodatarius suæ imprudentiæ in eligendo nuncii ministerio, vel credulitati nimiæ imputet, si alter corruperit rem, aut cum ea in fugam sese dederit; etsi forte is vere commodantis famulus, aut aliter ei a ministeriis fuisset, vel etiam gratia commonendi, ut referretur res commodata, missus esset. Si vero commodans mandaverit, per quem res a commodatario remittenda sit, periculum omne commodantis foret, *l. eum, qui* 10 §. 1. *l.* 11. *l.* 12. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* arg. *l. unic.* §. *servi vero* 5. *ff. furti adversus nautas, l. apud Labeonem* 20. §. *ult. ff. de præscript. verbis, l. cuicunque* 5. §. *idem Labeo* 9. *ff. de institor. act.* Plane, si quis rem sibi commodatam tam idoneo servo suo, vel commodantis, tradidisset ad commodantem perferendam, ut non debuerit quis æstimare, futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, non commodatarii, sed commodantis detrimentum fore, si eum mali homines intercepissent, Juliano placuit, *l. argentum* 20. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 20. §. *ult. ff. de præscriptis verbis*; si modo perferentis ipsius malitia aut culpa notabilis conjuncta non sit. Vide Berlichium *conclus. practicab. part.* 5. *concl.* 58. *n.* 25. 26. 27. Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. Carpzovium *defin. for. part.* 5. *constit.* 41. *defin.* 12. 13. Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 13. Ant. Matthæum *de oblig. disp.* 10. *n.* 14. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 32.

7. Cessat tamen hæc actio, si commodato dans culpam in re commodata commissam remiserit: quam & tacite remisisse præsumendus est, si rem commodatam culpa commodatarii deterioratam receperit sine deteriorationis æstimatione, nec de eo protestatus sit; dummodo depretiatio patens fuerit, atque adeo potuerit recipienti nota esse: secus, si latens: argumento eorum, quæ de latente vel patente vitio tractantur, *t. ff. ædilit. edicto*, Anton. Matthæus *de obligat. d. disput.* 10. *n.* 11. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 27. *n.* 13.

8. Contraria commodati actio commodatario datur, adversus commodantem ad id, quod ei abest ex vitio rei commodatæ, dum servus, qui fur erat, aut dolia mucida, quibus vinum corruptum, a sciente ad usum concessa sunt, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *l. in rebus* 18. §. *item qui sciens* 3. *l. pen. ff. h. t. l. sed addes* 19. §. 1. *in fine ff. locati.* Confer Hug. Grotium *manud. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 17. & *seqq.* Ut & ad impensas graviores in rem commodatam factas non modicas; quippe quas cum usu commodatarius pensare, & ipse ferre debet, *d. l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. *ff. h. t.* Præterea ad pretium recuperandum, quod commodatarius commodanti rei amissæ loco præstiterat, si ea postmodum in commodantis reversa sit potestatem; aut ad rem ipsam velut ex titulo emptionis tradendam; cum litis æstimatio similis sit emtioni, *l. in commodato* 17.

§. ult. ff. h. t. junct. *l. litis æstimatio* 3. *ff. pro emtore*, sic ut ipsius commodantis, hac actione alternatim instituenda conventi, electio sit, utrum rem commodatario præstare malit, an id, quod accepit, reddere *d. l.* 17. *§. ult.* Ut tamen in commodatarii potestate sit hanc commodanti tollere eligendi facultatem, dum non hac, sed aliis actionibus a jure sibi concessis, adversus commodantem experitur. Cum enim rei commodatæ pretium post rem ad commodantem reversam sine causa penes eum sit, secundum jus commune petet commodatario condictio sine causa, non ad rem, sed pretium datum recuperandum, *l. si fullo* 2. *ff. de condict. sine causa*. Rursus, cum litis æstimatio secundum jam dicta emtioni similis sit, sic ut oblatam litis æstimationem suscipiens, rem offerentis faciat, velut emtione translatam, *l. si ut certo* 5. *§. si quis hac* 1. *ff. h. t.* utili rei vindicatione commodatario adversus commodantem experiundi potestas est, qua mota, non facile is audiendus est, si non rem, sed pecuniam, restituere velit, arg. *l. si culpa* 63. *ff. de rei vindic.* junct. *l. indi posisi* 12. *ff. de re judicata.*

9. Comparata denique etiam est hæc actio contraria ad persequendum a commodante, id, quod interest commodatarii, si usus ei ante tempus sit ablatus, sive ab ipso commodante, sive ab extraneo, dum forte res aliena commodato data est sine domini voluntate, & is jure dominii sibi vindicavit usum rei suæ, arg. *l. si in lege* 24. *§. colonus* 4. *ff. locati*, *l. in commodato* 17. *§. sicut* 3. *ff. h. t.* Nec commodantem, ante tempus aut usum finitum rem commodatam auferentem, excusat quod doceat, se re commodata ante tempus contractu definitum ex inopinata causa proprios in usus indigere. Id enim etsi in locatione probatum sit, *l. ede quam* 3. *C. de locato*, ad commodatum tamen trahendum non est: cum conductor, usu carens, mercedem vicissim retineat, atque ita levius damnum sentiat; at commodatarius per ablatum maturius gratuitum rei usum graviorem esset subiturus læsionem; ut proinde dispar ratio sit. Quod si ita res commodato concessa sit, ut neque modus, neque tempus certum, a commodante adjiceretur, ipse postea modum finemque utendi sua voluntate constituere non potest; sed potius arbitrio judicis aut viri boni definiendum, quo usque usus commodatario ex æquitate relinquendus sit; neque enim permittendum videtur commodanti, ut intempestive auferat rei commodatæ usum, atque ita eveniat, decipi potius commodatarium, quam adjuvari beneficio commodati. Unde, si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; &, si feceris, contrario mihi judicio utiliter devinctus fores: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad insulam fulciendam tigna commodasti, deinde protraxisti, *d. l. in commodato* 17. *§. sicut* 3. *ff. h. t. l. Lucius Titius* 38. *ff. mandati*.

10. Ceterum hæc omnia, quæ commodatarius contrario petit judicio, etiam jure compensationis sibi servare potest, si vicissim ob damnum, in re commodata datum, commodanti quid debeat, atque ita inveniantur termini habiles compensationis, debita utrimque quantitate, *l. in rebus* 18. *§. ult. ff. h. t.* Quamvis corporum ipsorum commodato concessorum retentionem exercere, & ita prætextu debiti restitutionem commodati recusare non possit, *l. ult. C. h. t.* Etsi enim olim jurisconsultis placuerit, pro impensis in rem commodatam factis, præcipue necessariis, commodatario competere rei ipsius retentionem, re quasi pignoris loco apud eum remanente donec impensæ redderentur, *l. creditoris* 15. *§. ult. l. si is, qui rem* 59. *ff. de furtis*, eo modo, quo & dotis retentiones olim marito datæ pro impensis in dotem factis, *§. item si de dote* 37. *Instit. de action. l. un. §. taceat* 5. *C. de rei uxor. act.* & creditori retentio pignoris, si quid in ejus conservationem necessario depensum esset, *l. si necessarias* 8. *ff. de pignorat. act.* bonæ etiam fidei possessori, aliisque pluribus postea tamen Imperatoribus Diocletiano & Maximiano æquius justiusque visum fuit, prætextu cujuscunque debiti, absque ulla distinctione, restitutionem commodati non probabiliter recusari, atque adeo sufficere commodatario oportere contrariam commodati actionem, *d. l. ult. Cod. h. t.* Et sane perquam durum fuerit, commodanti, qui per commodati concessionem beneficium commodatario præstare intelligitur (juxta *l.* 17. *§.* 3. *ff. h. t.*) hanc referri beneficii accepti gratiam, ut quæsito impensarum factarum colore defraudaretur in posterum rerum suarum fruitione per retentionem ab eo factam, cui ulterius utendi jus non est. Quin &, quæ rationes pro eo adducuntur, ne in deposito compensatio admittatur, etiam pro retentionis exclusione in causa commodati stringunt, dum non minus, imo magis fidem frangit, qui accepto ac finito beneficio non reddit, quod se restituturum promiserat, uti id in commodato contingeret, quam qui nullo accepto beneficio, sed potius præstito officio, declinat rei ex conventione reddendæ restitutionem; quod in deposito fieret. Interim non desunt, qui putant, adhuc jure posteriori salvam esse commodatario, pro impensis necessariis retentionem commodati; & accipiunt *d. l. ult. C. h. t.* de debito extraneo; quod non occasione commodati, sed alia ex causa natum est; nec contrario commodati judicio exigi potest, uti post alios Vinnius *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 5*to in med.* Sed vix est, ut verbis sine distinctione positis ea restrictio satis apte applicetur: præsertim considerata superius allegata ratione apparentis in commodati retentione iniquitatis. Plane hodiernis moribus commodatarium prætextu non modo impensarum in rem commodatam factarum, sed & debiti cujuscunque alterius velamento rem commodatam retinere posse, dubium non est, dum adhibita judiciali auctoritate cuique liberum est rem debitoris, quam possidet, sub se sistere ac penes se includere, quo aliud sibi debitum ab eo consequatur. Quamvis & verum sit, commodantem interposita cautione impetrare posse arresti laxationem, & rei commodatæ restitutionem, Groenewegen ad *l. ult. C. h. t.*

TITULUS VII.

De Pignoratitia actione.

SUMMARIA.

1. *Quotuplex sit pignus, & quid sit contractus pignoris, quando expresso emtionis titulo tamen vere pignus sit? quæ actiones inde nascantur?*

2. Cui detur directa pignoratitia, an & furi vel prædoni, qui rem alienam pignori dedit?

3. Contra quos detur? an primo debitori contra secundum creditorem, cui pignus pignori datum? Quid si plures creditores simul pignus susceperint, vel plures unius creditoris heredes conveniendi sint?

4. Tendit ad restitutionem pignoris & accessionum. Quid si thesaurum invenerit in fundo pignorato? quid si pignoris surrepti furtum passus aut vim metumve, pœnam consecutus sit? Quid si pignus distraxerit, & pretium superfluum fœnori collocaverit, aut inde rem aliam emerit?

5. Præstanda per creditorem lata & levis culpa, non casus: An levissima, uti in commodato? Cui hic incumbat onus probandi culpam & casum?

6. Ut locus sit huic actioni, totum debitum debet solutum esse, aut eo nomine satisfactum. Quid si plures unius debitoris aut creditoris heredes sint, & singuli solverint vel singulis soluta sit sua pars? An sorte soluta, pignus pro usuris necdum solutis retineri possit?

7. Plenius adstruitur, juri luendi pignoris non posse præscribi ullo tempore.

8. Recensentur casus, quibus pignoratitia directa datur, licet creditori necdum solutum aut satisfactum sit.

9. Cogi non potest creditor ut pignus vendat, licet nunc pluris vendi possit, quam unquam postea, sed vendit tunc debitor; & si creditor tunc patiatur, rem emtori tradi & sibi de debito solvendo caveri, humanitatis id potius quam necessitatis est.

10. Quid sit actio contraria pignoratitia? de impensis necessariis & utilibus repetendis, & pignore pro necessariis retinendo. De damno, quod creditor ex pignore passus est, reparando; & præstando eo quod interest ex variis causis.

11. Actio pignoratitia directa & contraria etiam in hypothecis locum habet, ex quo creditor per actionem hypothecariam nactus est hypothecæ possessionem.

1. QUintuplex in jure nostro pignus occurrit; puta, conventionale, legale, prætorium, judiciale, ac testamentarium. Conventionale vel mediante traditione contrahitur, vel nuda conventione seu pacto per prætorem confirmato, *l. 1. ff. h. t.* Quod traditione perficitur, est contractus bonæ fidei re constans, quo creditori res traditur in securitatem crediti, ea lege, ut soluto debito, vel alia satisfactione interveniente, eadem in specie restituatur: uti plenius tradunt interpretes ad *§. ult. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio*, qualis contractus pignoris, licet subinde per contrahentes veletur emtionis titulo vel dationis in solutum, non tamen ideo minus pignus manet, quoties circumstantiæ concurrentes id suadent, ut Responsum ab Hugone Grotio Resp. Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 2. consil.* 177. Cum autem hoc loco pignus non consideretur, quatenus inde nasci solet creditori jus in re & actio hypothecaria, sed tantum tanquam causa actiones in personam, pignoratitiæ scilicet directæ & contrariæ; consultum erit, omnem de pignoribus & hypothecis tractationem rejicere in librum vicesimum Pandectarum, velut propriam istius materiæ sedem, nec aliud hoc loco excutere, præter ipsam personalem, tum directam tum contrariam, pignoratitiam actionem.

2. Directa actio pignoratitia est personalis, bonæ fidei, competens debitori, & generaliter ei, qui pignus dedit, sive pro suo debito, sive pro alieno; cum unusquisque non modo personam suam fidejubendo, sed & res suas pignoris jure pro alieno possit debito devincire, *l. item quæritur* 13. *§. ult. ff. locati* arg. *ult. §. 1. ff. ad senatusc. Vellejan.* Nec refert, an dominus sit, qui pignus dedit, an emphyteuta, vel superficiarius, vel fructuarius, vel creditor qui pignus pignori dedit, vel qualiscunque alius, qui jus in re tale habet, quod non respuit pignorationem, arg. *l. tutor* 16. *§. ult. l.* 17. *ff. h. t. l. si is, qui bona* 11. *§. ususfructus* 2. *ff. de pignorat. & hypot.* Quid quod & ei hæc actio danda est, qui rem prorsus alienam pignori dedit, & ita accipientem ad restituendum obligavit; sive ex consensu aut ratihabitione domini pro proprio vel tertii debito rem obligaverit, arg. *l. aliena res* 20. *ff. h. t.* sive pro debito ipsius domini, tanquam procurator ejus, mandato instructus, *l. si ultum* 11. *§. ult. l.* 12. *ff. h. t.* sive denique tanquam fur aut prædo rem alienam possederit, & pignori dederit, etsi enim fur aut prædo jure pignoris rem furtivam cum effectu nequeat creditori devinctam efficere; quia tamen ejus interest, eam sibi reddi, ut domino restituat, repetitionem ei per hanc actionem dari æquum fuit, *l. si pignore* 22. *§. si prædo* 2. *ff. h. t.* arg. *l. commodare* 15. *l.* 16. *ff. commodati*.

3. Agendum hac actione contra creditorem, qui pignus ex contractu suscepit; quive illud accepit, quasi nummos daturus, si forte postea numerati non sint; vel conditio debiti, pro quo pignus datum, defecerit, atque ita nunquam vere creditor factus sit, *l. solutum* 11. *§. si quasi* 2. *ff. h. t.* Adhæc contra tutorem, curatorem, procuratorem, cui in domini mandantis, aut pupilli, vel adulti securitatem pignus obligatum est, *d. l. solutum* 11. *§. per liberam* 6. *ff. h. t.* Contra dominum quoque vel patrem, cujus servo aut filiofamilias peculiari nomine pignus traditum, *l. si creditor* 28. *§. 1. ff. h. t.* arg. *l. sed mihi* 3. *§. si filiosfamilias* 4. *&* 5. *ff. commodati*. Non tamen contra fidejussorem, cum forte prædiis & prædibus per debitorem cautum esset, si fidejussor pignora vel hypothecas susceperit, atque ita pecuniam solverit; sed potius cum eo mandati judicium est, *l. fidejussor* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* Non etiam primo debitori contra secundum creditorem, si pignus pignori datum ponas, ac primum debitorem suo creditori, quod debet, exsolvisse; nisi debitori primo per creditorem primum pignoratitia actio contra creditorem secundum cessa sit; eo quod alioquin inter primum debitorem & secundum creditorem nullus contractus intercessit: sed magis primo debitori contra primum creditorem pignoratitia danda foret; vel etiam ad exhibendum actio, ad id, ut is rem a pignoris vinculo liberatam restituat, arg. *l. petensi* 27. *in fine, l. si, cum venderet* 13. *ff. h. t.* contra secundum autem rei vindicatio, vel Publiciana, aliave similis, quæ secundum jus commune contra tertios possessores competere solet ex jure in re, arg. *d. l.* 13. *ff. h. t.* Eoque Papinianum respicere puto, cum in *l. debitor* 40. *§. ult. ff. h. t.* scripsit, si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domi-

no solvente pecuniam, quam debuit, *secundi pignoris retentionem non relinqui*, isti scilicet secundo creditori, qui jus omne suum ex primi creditoris jam dimissi jure metiri debebat, ac propterea post resolutum jus primi creditoris tanquam iniquus rei pignoratæ possessor, rei vindicatione per dominum rei pignoratæ conventus, nullo ulterius se potest retentionis jure tueri. Si plures simul eodem pro debito pignus susceperint, exemplo commodati contra singulos in solidum actio videtur danda; cum & hic duo quodammodo rei intelligantur, nisi aliud actum sit, arg. *l. si, ut certo* 5. §. *ult. in fine ff. commodati*, junct. *l. rem mihi* 21. §. 1. *ff. eod. t.* Nec contradicit Paulus *l. a tenrres* 20. §. 1. *ff. h. t.* cum tantum de jure pignoris & plurium creditorum ad illud concursu, non hac pignoratitia, tractet, eoque sensu asserat, æqualem omnium, quibus res simul pignori data est, causam esse. Contra plures creditoris unius heredes actio non nisi pro rata parte datur, qua quisque heres est; nisi unus solus restituendæ rei facultatem habeat; vel non ex defuncti sed proprio facto conveniatur, arg. *l. sed mihi* 3. §. *heres* 3. *l. in commodato* 17. §. *si ex facto* 2. *ff. commodati* Addit *t. commodati num.* 3.

4. Competit hæc actio ad id, ut creditor restituat pignus, una cum fructibus, etsi prædo agat, *l. si pignore* 22. §. *si prædo* 2. *ff. h. t.* (nisi pactum antichresios sit interpositum, de quo plenius *t. de pignor. & hypoth.*) nec non accessionibus rei pignoratæ, qualis est alluvio, ususfructus qui accrevit, partus ancillæ pignori obligatæ, & similia, arg. *l. si convenerit* 18. §. *si nuda* 1. *ff. h. t. l.* 1. *& tot. t. C. de partu pignoris & omni causa*, *l. grege* 13. *l. Paulus* 29. §. 1. *ff. de pign. & hyp.* denique omni eo, quod pignoris occasione ad creditorem pervenit. Unde, si in fundo pignorato thesaurum non data opera invenerit, dimidiæ quidem partis dominium sibi, non qua creditori, sed qua inventori, jure occupationis servat; alteram vero partem, quasi quandam prædii accessionem, reddere compellitur, *l. si is, qui in* 63. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* Et si pignoris intuitu furtum vel metum passus, actione quod metus causa vel furti duplum aut quadruplum, aliamve pœnam similem, consecutus sit, hoc totum deducto solo debito, debitori restituit; si modo ab extraneo furtum metumve passus sit: nam si ab ipso debitore, pœnam lucratur; ne ei suum maleficium alioquin impunitum sit, *l. si pignore* 22. *pr. &* §. 1. *ff. h. t. l. creditoris* 15. *pr. l. si debitor* 79. *ff. de furtis*, *l. si inter* 21. §. *ult. ff. de pignor. & hypoth. l. id, quod* 74. *ff. de solution.* Quod si creditor pignus jam distraxerit, etiam in id hæc actio comparata est, ut si vendendo fraudem fecerit, id quod interest debitori præstetur, *l. creditor* 4. *C. de distract. pignor.* ac restituatur, quod supra debiti quantitatem ex pignore redactum, una cum usuris, si superfluum creditor fœnori collocaverit, aut in suos usus converterit, aut moram fecerit in restituendo, *l. quamvis* 6. §. *si creditor* 1. *l.* 7. *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *l. pen. ff. h. t.* Nec liberatur suas, quas adversus pignoris emtorem habet, actiones cedendo debitori, aut emtorem ei delegando; cum in venditione, quæ fit ex *facto*, (vel *pacto* ut Cujacius) suum creditor negotium gerat, *l. pen. ff. h. t.* ut tamen debitor petere possit, sibi eas a creditore cedi; sed ipsius creditoris periculo exercendas, *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *ff. h. t.* nisi nulla creditori culpa possit imputari, quod ab emtore pignoris servari pretium non potuerit; quippe quo casu non creditoris vendentis, sed debitoris id damnum foret, *l. quæsitum* 9. *ff. de distract. pignor.* Plane, si ex superfluo creditor rem comparaverit, ea in pretii locum non subintrat, nec ejus, sed solius pecuniæ, persecutio debitori datur, ubi aliud actum non est, *l. ult. C. de distract. pignor.*

5. De cetero non dolum tantum & latam culpam circa rem pignori acceptam, sed & levem, per creditorem oportet præstari; quia utriusque utilitas, tam debitoris, quam creditoris, plerumque hic vertitur, *l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati*, §. *ult. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* sive omissionis culpa sit; dum forte servitutes prædii pignorati per non usum & negligentiam creditoris extinctæ sunt, *l. creditor cum pignus* 15. *ff. h. t.* sive commissionis; dum in prædio pignorato arbores excidit, domos dejecit, servos pignoratos sævitia debilitavit, corrupit, ad peccandum coegit, *l. creditor.* 7. *C. h. t. l. eleganter* 24. §. *ult. ff. h. t.* De casu fortuito non tenetur, nisi id actum appareat expresse vel tacite, quo pertinet conventio, ut interitus pignoris liberet debitorem, *l. si creditor* 5. *l.* 6. *C. h. t. d.* §. *ult. instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Uti nec de culpa levissima; nisi solius creditoris gratia pignus datum sit, atque ita pignus simile sit commodato; quod puto velle Ulpianum in *l. si, cum venderet* 13. §. 1. *ff. h. t.* cum scripsit; *venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato: venit & custodia*, supple, ut in commodato, *vis major non venit*. Et ad talem casum, quo solius creditoris utilitas in pignore erat, restringendum quoque existimo rescriptum Diocletiani & Maximiani, quod est in *l. sicut vim* 19. *C. de pig. & hyp.* plenis prope verbis ipsum Ulpiani responsum comprehendens: ajunt enim; *sicut vim majorem pignorum præstare creditor non habet necesse; ita dolum & culpam, sed & custodiam, exhibere cogitur*. Scilicet id unum Ulpiano propositum videtur fuisse, ut doceret, in pignore circa culpæ præstationem nihil singulare inveniri, uti quidem in mandato, negotiis gestis, tutelæ administratione, similibusque reperitur, sed communem oportere servari juris regulam in *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati* propositam, quæ vult, vel latam, vel levem vel etiam levissimam debere culpam præstari, pro ut vel dantis solius, vel solius accipientis, vel utriusque commodum in contrahendo appareret. Quamvis ergo verum sit, in commodato frequentius, in pignore rarius, solius accipientis utilitatem verti; tamen id Ulpianus voluit pignori cum commodato commune esse, ut, deprehensa utriusque contrahentis utilitate in commodato ac pignore, non nisi levis utrobique culpa veniret præstanda; at quoties solius accipientis gratia pignus ac commodatum contractum constitisset, etiam datum levissima culpa damnum utroque in negotio reparandum esset. Quæ eo probabiliora sunt, quo & a Gajo hæc inter commodatum ac pignus comparatio proposita invenitur circa levis culpæ præstationem, cum commodatum utriusque gratia contractum esset; etsi nulli incertum

esset, quin pignus frequentius, commodatum rarius, utriusque contrahentis contineret utilitatem; *l. in rebus* 18. *in pr. vers. at si utriusque ff. commodati*, Cujacius *lib.* 19. *observ.* 24. Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur, cum non debitor, sed tertius pro debitore, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret; tamen, si contractum pignoris spectes, quod jam non inter creditorem & debitorem, sed inter creditorem & tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, & inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet. Porro, etsi culpæ probatio incumbat debitori, de læsione, per culpam creditoris rei pignoratæ illata, agenti, tamquam actori & affirmanti, arg. *l. qui accusare* 4. *C. de edendo l. quotiens* 18. §. 1. *ff. de probat.* tamen si creditor rem pignoratam casu amissam aut peremtam dicat, leges ei imposuerunt amissionis per manifestas rationes probandæ necessitatem, *l. si creditor* 5. *C. h. t.* arg. *l. si quis domum* 9. §. *Imperator* 4. *ff. locati*. Vide Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 37. *num.* 18. 19. 20. Hugonem Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 5. *cap.* 8. *num.* 9. 10. & alios a Groenewegio ibidem in notis allegatos, Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 11. Adde *tit. ad leg. Aquil. n.* 20.

6. Non aliter tamen huic actioni directæ locus est, quam si integrum debitum creditori, aut ex ejus voluntate alteri, solutum sit: vel per eum steterit, quo minus solveretur; aut aliter ei satisfactum fuerit; non, si pro parte tantum, *l. si rem alienam* 9. §. *omnis* 3. *l. solutum* 11. §. *si quasi* 2. & §. *solutam* 5. *ff. h. t. l. aliena res* 20. §. *si per* 2. *ff. h. t.* licet debitum personale inter plures debitoris vel creditoris heredes ipso jure divisum fuisset, & unus eorum suam solvisset aut accepisset debiti partem; in quantum reliquis creditoris heredibus, quibus necdum solutum est, totius pignoris retinendi ac distrahendi potestas superest, oblato debitori eo, quod is coheredi eorum solvit, & vice versa; quia individua pignoris causa est, *l.* 1. 2. *C. si unus ex pluribus heredibus debitoris vel cred. part. suam solv. vel accep. l.* 1. 2. *C. de luit. pign. l. solutum* 11. §. *si creditori* 4. *ff. h. t. l. rem hereditariam* 65. *ff. de eviction.* Quod si sors jam soluta sit, non item usuræ, si quidem in solam sortem pignus obligatum fuerit, ea soluta, pignoratitiæ locus est, nec pro usuris retineri pignus potest, *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. h. t.* Etenim pro debita quidem sorte chirographaria pignoris in aliam causam obligati retentio est, *l. unic. C. etiam pro chirographario debito pignus retin. posse.* pro usuris chirographariis non æque, *l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, quod non est correctum per d. l. unic. quippe quæ novum jus continens, strictam recipit interpretationem, nec stare prohibendum est, quod non invenitur expresse per eam correctum. Sin & in usuras pignus obligatum sit, retentio ejus permissa est, donec & usurarum solutio impleta fuerit, sive in stipulatum deductæ sint, sive pacto nudo promissæ: cum enim hæ saltem naturaliter deberi cœperint, & ita solutæ retineri potuerint, consequens fuit, ut & pignoris pro his obligati, ac penes creditorem existentis, retinendi jus esset, *d. l. solutum* 11. §. *sin in sortem* 3. *ff. h. t. l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, Cujacius *lib.* 5. *observ.* 28. Quibus vero modis satisfiat creditori, ut pignoris vinculum evanescat, & pignoratitia nascatur, intelligi potest ex enarratione modorum, quibus pignus vel hypotheca dissolvi solet, quos vide *tit. quib. mod. pignus vel hypoth. solv.*

7. Juri autem huic solvendi debiti ad pignus recuperandum, atque adeo luendi pignoris, præscribi nequit: etsi contrarium placuerit Bachovio, Neguzantio & aliis a Vinnio allegatis, atque ipsi etiam Vinnio *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 6. ea præcipue ratione, quod omni actioni personali, omnique juri, atque ideo etiam juri luendi pignoris & actioni pignoratitiæ, annis triginta vel quadraginta præscribatur, utcunque nec justus titulus nec bona fides præscribentis concurrat, *l. sicut in rem.* 3. *l.* 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 1. §. 1. *Cod. de annali except.* Quæ tamen tanti non est, ut quem jure moveat; cum tantum locum habeat illa de jurium & actionum præscriptione definitio, quoties termini habiles præscriptionis inveniuntur, arg. *l. omnis actio* 21. *C. de eviction.* quales in nostro casu non sunt. Quod ut manifestius appareat, in antecessum necesse est, ut intelligamus, quid sit pignus luere, quid pignoris luitio, quid jus luendi pignoris & jus luendi: præsertim, cum deprehendam, jus luendi pignoris & jus pignoratitiæ actionis instituendæ confundi, ac pro iisdem accipi; dum interim ista duo a se invicem longe diversa sunt. *Luere pignus* est rem pignori vel hypothecæ obligatam liberare a vinculo illo, sive solvendo naturaliter debitum illud, pro quo res obligata est, sive alio modo satisfaciendo creditori, ut res libera penes dominum esse queat, aut in alium sine onere transferri atque transire, §. *sed & si rem.* 5. *Instit. de legatis*, *l. prædia* 6. *C. de fideicommissis*, quo modo & filius patrem, pater filium, imo quisque se ipsum, cum ab hostibus redemtus esset, & quasi jure pignoris teneretur, aluit suo redemtore, *l. si patre* 15. *ff. de captiv. & postlim. l. qui status* 8. *ff. de re milit.* Qualem pignoris luitionem & illi faciunt debitores, qui rem devinctam possident, nec ulla repetitione indigent aut pignoratitia actione, dum forte hypothecæ tantum rem obligarunt, possessione in creditorem non translata. Quin & illi, qui debitores non sunt; in quantum solutione debiti jus pignoris evanescere certum est, *l. in omnibus* 43. *ff. de solut. pr. Inst. quib. mod. tollitur oblig.* solutio autem, atque adeo luitio quoque pignoris, non modo per debitorem, sed & per alium, eo jubente vel ignorante, vel invito, fieri potest: qui tamen solventes, ac pignus luentes, non ideo pignoratitiam actionem habent, aut movere possunt, ex contractu quippe natam, qui per extraneos pro debitore solventes celebratus non est. Unde & sponte sequitur, ipsum illud pignoris luendi jus ex contractu non esse, sed magis natura cuivis patere, etiamsi luens nullo ex contractu obligatus sit. Ne dicam, pignus etiam legale lui, quod non ab homine ex conventione, sed a lege, constitutum est. Adeoque, uti per viam publicam ire cuivis permissum est, ita & debiti solutione pignus luere cuivis licet, qui modo debitoris negotia gerere vult, ut quisque potest. Quibus præmissis, ajo, juri luendi pignoris nullo unquam tempore præscribi posse; licet actioni pignoratitiæ præscribi possit annis triginta, compu-

tandis ex eo tempore, quo totum debitum solutum, vel aliter creditori satisfactum fuit, & ita nata facultas re ipsa instituendi pignoratitiam pro pignoris repetitione actionem. Cujus opinionis illud quidem fundamentum debilius est, quod ab aliis adductum video, ac a Vinnio propterea recte confutatum, nullo scilicet modo natam videri actionem pignoratitiam, antequam totum debitum exsolutum fuerit, aut eo nomine satisfactum; agere autem non valenti non currere præscriptionem. Quod enim attinet regulam, agere non valenti non currere præscriptionem; procedit demum ea, si jus agere vetet, non item, si ab arbitrio ejus, qui acturus est, dependeat ea facere, quibus præstitis actionis exercitio destitutus non est. Nec satis apte defendi potest, actionem pignoratitiam debito demum soluto nasci; cum potius ipsius pignoris constituti tempore jam nata fuerit in actu primo, ut loquuntur, suspensa tantum respectu actus secundi, seu ipsius institutionis in judicio faciendæ, quæ præcedentem requirit debiti solutionem: eo modo, quo id etiam in emtione venditione sit; quippe ex qua emtor actione ex emto non aliter experiri potest, quam si prius ipse ex suo latere contractum impleverit, pretio numerato, reliquisque præstitis quæ ex contractus natura pactisve adjectis præstanda sunt, *l. Julianus* 13. *ff. offerri* 8. *l. qui pendentem* 25. *ff. de act. em.*, arg. *l. ædiles etiam* 25. *§. ult. ff. de ædilit. edict.* licet actio utrimque jam tum eo tempore, quo mutuo consensu perficiebatur venditio, nata esset, arg. *tit. Instit. de oblig. ex consensu pr. Instit. de emt. venditione.* Magis pro asserenda sententiæ nostræ veritate stringit, quod præscriptionem non patiantur ea, quæ rebus meræ facultatis accensentur, quatenus, & in quantum, res meræ facultatis sunt, *l. viam publicam* 2. *ff. de via publica & itinere publ.* In vanum autem laboratur, ut doceatur, rem meræ facultatis non esse hanc pignoris luitionem. Possum, inquit Vinnius d. loco, uti cœnaculo meo, & licet longissimo tempore non sim usus, jure meo non excludor, nec tamen ideo illud jus meum est res meræ facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet usucapio. Jure libertatis licet cuique tam alte, quam vult, nullo statuto intercedente, in suo ædificare; & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo jus altius tollendi amittit; nec tamen est res meræ facultatis: nam si te altius ædificantem vicinus prohibuerit, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per spatium præscriptioni statutum, procedet contra te præscriptio servitutis. At horum exemplo, inquam & ego, potest debitor solutionem offerre creditori quandocunque, etiam post longissimi temporis spatium, ex quo primitus pignus est constitutum, ita ut res pro debito devincta, liberetur ab eo pignoris nexu: quod hactenus duravit pro tali obligatione principali, quæ medio tempore per debitorem solutione usurarum aut aliter agnita, præscripta non est. Sed si debitor creditori debitum obtulerit, ut pignus luat, isque accepto oblato rem pignoratam non restituat, dum vel non pignoratam sibi, sed suam esse, bona malave fide obtendit, vel ad reddendum non interpellatus, eam jam liberatam penes se retinet, perdet inde per annorum triginta præscriptionem jus omne repetendi pignoratitia actione rem, quam olim pignoris nexu devinctam, jam inde a soluto debito totis triginta annis liberatam creditor velut suam possedit, vel saltem animo sibi habendi. Sed nec alio respectu id ipsum, quod in *d. l.* 2. *de via publ. & itinere pub.* dicitur, *populum viam publicam non utendo amittere non posse*, res meræ facultatis est, quam si nullus postea actus interveniat, factum nullum, quo usus impediatur: nam si quis via publica velut re propria, usus fuerit, in eaque ædificaverit, severit, plantaverit, foderit, sepimenta posuerit, aut alia quacunque ratione impedimento fuerit, ne populus illac transiret, & ex eo tempore annorum quadraginta spatium effluxerit, populo non contradicente, neque usum viæ vindicante, nemo dubitabit, ut opinor, quin & tunc viæ istius publicæ usum populus præscriptione amiserit, dum nullum jus privatum vel publicum ex quacunque causa vel quacunque persona, quod quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveri deinceps potest, *l. omnes* 4. *in med. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Qui consequens est, ut dicamus, non minus rem meræ facultatis esse, altius in suo ædificare, re sua uti, pignus luere, quam viæ publicæ usum a populo exerceri; eodemque modo in istis præcedentibus, ac in viæ publicæ usu, admissam fuisse aut denegatam secundum jam dicta præscriptionem. Et sane, ni ita statuamus, sed cum Vinnio aliisque jure luendi pignoris adhuc præscribi posse existimemus; edoceri velim, quid utilitatis jurisve creditor ex ista præscriptione consecuturus sit; cum præscriptio nulla sit, ex qua non commodum aliquod præscribenti accedat. Sive illud in liberatione a debito, sive in acquisitione rei alienæ consistat. Liberationem certe a debito creditori non nasci, intelliget facile, quisquis considerat, ipsum præscribentem non debitorem, sed creditorem esse, cui debetur, cuique solvendum, ut pignoratitia adversus eum actio detur. Si a pignoratitia actione creditorem ita liberari dicas; aut id erit, quia a vinculo pignoris res simpliciter liberata est; aut quia insuper dominium directum vel utile rei pignoratæ in creditorem translatum fuit. Si ideo tantum, quia jus pignoris evanuit, obfuit sibi magis sua præscriptione, quam profuit creditor, extincto jure illo, ex quo solo retentio rei obligatæ ei competebat; quo fit, ut iniquus in posterum sine ullo possidendi aut detinendi titulo vel colore detentor existens, actionibus ex jure dominii, profluentibus efficaciter conveniri posset per debitorem, cui hactenus ista præscriptione suo non excidit dominii jure. Sin post triginta vel quadraginta annos a pignore primitus obligato elapsos rem pignoratam jure dominii creditori acquiri, & apud eum deinceps in perpetuum mansuram contendas; non jam juris, sed corporis præscriptio & acquisitio erit; atque tunc explicandum fuerit, qua ratione corporis illius præscriptio perfici potuerit ab eo, qui neque bonæ neque malæ fidei possessor est. Eo enim, quod ad temporis longissimi præscriptionem nec justus titulus desideretur, nec bona fides, continuatam tamen possessionem præscriptioni corporalium adesse oportere, nullus, ut opinor, ibit inficias. At quæ, quæso, creditoris circa pignus possessio est? qui, quantum ad usucapionem aut præscriptionem attinet, nudus rei pignoratæ detentor, non possessor, intelligitur, *l. officium* 9. *ff. de rei vindic.* alienæ possessioni pro usucapione vel

præscriptione implenda ministerium præbens, utpote in quem quidem possessio transire dicitur, quatenus ea naturalis est, *l. cum & sortis* 35. §. 1. *l. si pignus mihi* 37. *ff. h. t. l. res pignoris* 37. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* neutiquam vero ad effectum usucapionis aut præscriptionis, cujus intuitu ipse debitor dicitur possidere, *l. servi nomine* 16. *l. non solum* 33. §. *qui pignori* 4. *ff. de usurp. & usucap. l.* 1. §. *per servum* 15. *l. qui pignoris causa* 36. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Eos sane solos præscriptione dominium sibi sine justo initio posse acquirere, qui sibi potius, quam alteri possederunt, eleganter declaratum *l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* ubi emphatice Imperatores, *male agitur cum dominis prædiorum, si tanta precario possidentibus prærogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia, qualibet ratione decursa, inquietare non liceret? cum lex Constantiniana jubeat, ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius, quam alteri, possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo jus sibi proprietatis usurpet; ne cogantur domini aut amittere quæ locaverunt, aut conductores utiles sibi fortassis excludere, aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.* Quibus non absimilia proponuntur de emphyteutis in *l. cum notissimi* 7. §. *ult. C. eod. tit. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Quæ autem ratio militat in conductoribus & emphyteutis, qui ultra annos quadraginta prædia conducta tenuerunt, in creditore quoque pignus tam diu tenente locum invenit; nam & cum debitore male ageretur, si tanta creditoribus deferretur prærogativa, ut eos post annorum quadraginta decursum inquietare pro restitutione non posset, oblato eo quod debet; atque ita cogeretur aut creditorem commodum forte sibi, minusque gravem, pignoris recipiendi causa maturius dimittere, aliumque novum ac repertu sæpe difficilem quærere creditorem; aut annis omnibus super dominio suo publice protestari, ne eo cadat. Gratis interim ab adversariis ponitur, precarii repetitionem non ultra annos triginta durare; cum e contrario magis sit, ut tam diu non currat præscriptio, quamdiu eo est animo qui precario accepit, ut precario tenere velit, *arg. d. l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. in pr.* ac demum incipiat, ex quo ille non amplius precario, sed sibi suo nomine, utut mala fide, possidere constituit, perficienda per eum, non jam amplius precarii jure tenentem, sed mala fide possidentem. Quod & in pignore obtinere, jam supra monitum. Tuentur hanc sententiam, etiam praxi firmatam, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 18. Bronchorst *enant. cent.* 4. *assert.* 4. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 16. *in fine*, Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 40. *n.* 32. Adde elegantem Rogerii dialogum inter ipsum & jurisprudentiam de hac quæstione in *tractatu tractat. tom.* 17. *fol.* 49. *verso.*

8. Ceterum quandoque etiam hæc pignoratitia directa debitori datur, antequam solutum creditori vel satisfactum fuerit; puta si quis quasi daturus pecuniam pignus acceperit, nec postea numeraverit, *l. scimus* 11. §. *si quasi* 2. *ff. h. t. l.* 1. 2. *Cod. si pignoris conventionem numeratio pecun. secuta non sit.* Uti &, si creditor pignore abutatur, vel impediat, quo minus debitor in re pignorata utatur jure suo, aut non exhibeat debitori, cum manifesta subesset æquitas exhibitionis. Quibus in casibus non tam ad pignoris restitutionem, quam potius ad id, quod interest debitoris, actio comparata est, *l. ult. pr. ff. h. t.* sorte & ad cautionem interponendam de re incorrupta restituenda, arg. *l. creditor* 15. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 15.

9. Non tamen hac actione compelli creditor potest, ut pignus vendat, licet multo minus sit quod debeatur, quam ex pignore redigi potest, & hodie pluris venire possit pignus, quam postea, sed potius is, qui pignus dedit, vendere illud potest, ut accepta pecunia solvat, quod debet; impositurus etiam creditori necessitatem ostendendi emturis rem pignoratam, si mobilis sit, & idoneam ipse creditori de indemnitate cautionem præstet, *l. quamvis* 6. *ff. h. t.* Sane ut rem per debitorem venditam creditor patiatur emptori tradi, debito necdum accepto, sed cautione ei per emtorem data de parte pretii usque ad summam debiti ipsi solvenda, officii magis & humanitatis, quam necessitatis est, arg. *l. sicut* 8. §. *tutius* 10. *quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.*

10. Contraria pignoratitia actio creditori datur ad repetendas impensas necessarias; pro quibus etiam, debito principali jam soluto, retentio pignoris permissa est; cum impensæ tales sortem augeant, & in summa debiti computandæ sint, *l. si necessarias* 8. *pr. ff. h. t. l. in summa* 6. *C. de pign. & hypoth.* Necessariis autem impensis & illa adnumeranda videtur, si creditor vendens pignus, cum aliter non posset, evictionis nomine duplum repromiserit, ac evictione secuta, duplum solvere compulsus fuerit, *l. si pignore* 22. §. *ult. ff. h. t.* Utilium quoque sumtuum per hanc actionem repetitio fit, si modo debitori non nimis graves sint, *sicut enim negligere creditorem, dolus & culpa, quam præstat, non patiatur; ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum.* Ac proinde *media hæc dispicienda erunt a judice, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur, l. si servos pignoratos* 25. *ff. h. t.* junct. *l. in fundo alieno* 38. *ff. de rei vindic.* Damna quod attinet, quæ creditor ex rei pignoratæ vitio passus est, hoc etiam judicio recuperantur: ut tamen liberum sit debitori, qui vitium ignoravit, rem pignoratam apud creditorem pro noxa relinquere, *l. si servus pignori* 31. *ff. h. t.* Sed & id quod interest hac actione continetur, quoties æs pro auro, vel res aliena, aut alteri jam ante obligata, pignori data est creditori ignoranti; quibus in casibus & stellionatus crimen est, *l.* 1. §. *ult. l. tutor* 16. §. 1. *ff. h. t. l. si in pignore* 54. *ff. de fidejussor.* vel si creditor quasi recepturus a debitore continuo pecuniam, reddiderit ei pignus, isque per fenestram id miserit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerat, nec solutio secuta sit, *l. si quasi* 3. *ff. h. t.* vel, cum aurum offensum esset, velut pignori futurum, aut vere etiam datum, æs deinde subjectum fuerit, *l.* 1. §. 1. *l. quis in pignore* 36. *ff. h. t.* Quod si debitor a creditore pignus precario rogaverit, vel conduxerit, nec restituat possessionem, placuit contrario eum ob id etiam judicio teneri, *l. si pignore* 22. §. *si post* 3. *ff. h. t.*

11. Licet autem Actio pignoratitia directa & con-

traria proprie ex contractu pignoris, rei traditione perfecto, nascatur; tamen & in hypothecis eam locum invenire dicendum est, postquam creditor actione hypothecaria possessionem nactus est; quia tunc res in causam pignoris in specie videtur transivisse. Qua ratione locatorem ædium propter corruptionem culpa ejus in invectis illatisque præclusis pro pensione datam, pignoratitia teneri, colligere licet ex *l. inquilino* 53. *l.* 54. *ff. de damno infecto.*

LIBER QUARTUSDECIMUS.

TITULUS I.

De exercitoria actione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit magister & promagister? unus ex exercitoribus potest magister esse: quod & expedit.*
2. *Quid sit exercitor; quid navem per aversionem conducere? qui possint vel non possint navem exercere?*
3. *Magister contrahendo obligat exercitorem. An & quando moribus nostris possit mutuum accipere, navim obligare, armenta vendere, quin & merces vectas? An ex consensu majoris partis exercitorum navigare, invita parte minore?*
4. *Quid sit exercitoria actio, quibus detur? an & illis, qui cum nautis contraxerunt?*
5. *Datur contra exercitorem: si plures, contra singulos in solidum jure civili; at moribus non ultra partem, ex qua exercitores sunt; qui & in totum liberari possunt, si suam portionem pro derelicto habeant.*
6. *Ut actioni huic locus sit, debet magister contraxisse ejus rei gratia, cui præpositus est: & quid si plures ejusdem navis magistri sint? necesse etiam, ut res eo in loco comparari possit, in quo creditur; ac navis tali ac tanto sumtu indigeat. Nocet exercitori, si magister recte credita inutiliter absumpserit. Quid moribus nostris in hisce obtineat?*
7. *An exercitores teneantur ex delictis magistrorum? quid si magister piraticam exercuerit? quid si præfecti navales, qui prædam in hostes agere debuerant, sociis & fœderatis noceant, an eo nomine Respublica teneatur?*
8. *Datur etiam contra exercitorem actio mandati; potest & ipse magister, homo liber & ex suo contractu conveniri. Exercitor non agit ex contractu magistri, nisi in subsidium. Quæ sit pœna magistri fallentis in rationibus nauli accepti & expensarum?*

1. IN navibus exercendis is, cui quotidiana totius navis cura demandata est, seu qui navigio præpositus est, magister appellatur; sive homo liber sive servus sit, sive paterfamilias sive filiusfamilias, sive pubes sive impubes; cum sibi imputare debeat qui præposuit, si quid neglectum aut minus recte curatum sit, *l.* 1. *ff.* 1. & *§. cujus autem* 4. *ff. h. t.* Sed & magistrum accipere debemus in exercitoria actione eum, quem magister suo loco substituit vicarium, promagistrum vel submagistrum vulgo appellatum, sive voluntate primi præponentis, sive contra prohibitionem ejus a magistro surrogatus sit, ita suadente navigantium utilitate, *l.* 1. *§. magistrum* 5. *ff. h. t.* Nec refert utrum magister extraneus sit, an ex parte dominus navis; cum nihil vetet, vel unum ex exercitoribus præfici, *l. si tamen* 4. *§. sed si plures* 1. *ff. h. t.* Adeo ut hodie fere consultius tutiusque judicetur, magistrum navis simul cum aliis etiam pro parte exercitorem esse, quippe de quo præsumptio est, quod magis pro salute navis, & utilitate vigilaturus sit; sive navis dominium pro parte ad eum spectet, sive nulla ex parte navis dominus sit, sed pro rata proventuri ex navigatione quæstus mercedem sibi pactus; quo tamen casu posteriore non tam operas suas elocasse, quam potius societatis jure contulisse, ac lucri partem ferre, credendus est, arg. *l. si merces* 25. *§. vis major* 6. *in fine ff. locati.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 23. *in pr.* Jac. Coren *observ.* 40. *num.* 3. 4. 5.

2. Exercitor ex adverso est, qui magistrum navigio præposuit, & ad quem quotidianus navis quæstus pertinet; sive navis dominus sit, sive eam per aversionem conduxerit, vel ad tempus vel in perpetuum, *l.* 1. *§. exercitorem* 15. *ff. h. t. §. eadem ratione* 2. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate;* id est, ita, una mercede conduxerit, ut omne quæstus quotidiani periculum in se averti voluerit, sive quæstus ille mercedem promissam superet, sive ea minor sit. Confer Revardum *varior. lib.* 2. *cap.* 7. Petrum Gregor. Tholos. *synt. jur. civil. libr.* 29. *cap.* 9. *num.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 9. & 27. *pag.* 250. Vinnium *ad Peckium de re nautica ad l.* 1. *§.* 15. *ff. h. t.* Quale navis exercitium etiam filiusfamilias, & servus ex peculio suo facere potuit, *l.* 1. *§. si is qui navem* 19. & *seqq. ff. hoc tit.* parvique refert, masculus sit an fœmina, pubes an impubes concurrente tutoris auctoritate, *l.* 1. *§. parvi* 16. *ff. h. t. l. verum si* 9. *ff. de institor. act.* Præsidi tamen, aut procuratori Cæsaris, navim ædificare, aut habere, atque adeo exercere, in ea provincia, in qua administrat, interdictum fuit, *l. aufertur* 46. *§. quod a præside* 2. *ff. de jure fisc.* atque ipsis etiam senatoribus ex lege Julia, *l. hi qui naves* 3. *ff. de vacat. & excus. numerum*, ibique Gothofred. *in notis.*

3. Quisquis autem magistrum navigio præficit, jussisse eo ipso censetur, ut cum eo ejus rei gratia, cui præpositus est, contrahatur, sic ut præponens reddatur obligatus, *§. ult. inst. quod cum eo, qui in alien. potestate, l.* 1. *§. sed si cum* 2. *ff. h. t.* Quod hodiernis moribus ulterius extensum, dum placuit, non personam tantum exercitoris ex contractu, navigationis intuitu celebrato, teneri, sed & magistrum posse in casu necessitatis ita mutuum accipere in

usus navigationis ut navem mutuanti obliget pignori, navigaturam deinceps periculo mutuanti, eoque nomine usuras graviores, velut periculi pretium, promittere (vulgo, *op Bodemerye*) quin & , deficiente mutui accipiendi occasione, funes & navis instrumenta minus necessaria (non tamen ipsam navem) distrahere, ut magis necessarium emat alium navigationis apparatum: denique, si illa quoque desint, merces ipsas navigio vectas pro parte divendere, ita ut domino mercium ad æstimationem earum teneatur, perinde ac si mercium illarum jactus in tempestate navis levandæ gratia factus fuisset, *Wisbuysche Zeerechten art.* 35. 41. 69. 70. *Placc. van Kon. Philippus* 1563. *t. van de Zee Rechten van den Schippers en Kooplieden art.* 12. *vol.* 1. *pl. Holland. pag.* 808. *in fin.* Hugo *Manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 21. & *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 47. & *cap.* 11. & *cap.* 20. *n.* 15. & *cap.* 23. *n.* 4. Ut tamen non aliter magistro hæc permissa censeri debeant, quam si peregrinis in locis versetur: præsentibus enim exercitoribus, nihil horum ei licet, nisi ex consensu partis majoris exercitorum; aut nisi id magistro tempore præpositionis mandatum sit, ut necessaria conquirat ac curet; vel quidam ex exercitoribus non subministrent necessarium navigationi sumtum, quippe quo casu, ne navigatio impedita maneat, magistro jus est mutuum accipiendi, & pignori obligandi deficientium exercitorum partes maxime cum placuerit, etiam magistrum posse iter ex consensu majoris partis exercitorum suscipere viri boni arbitratu, licet contradicente parte minore, *Wisbuische Zee Rechten art.* 65. *Placc. van Koning. Philippus anno* 1563. *d. t. van. Schippers en Kooplieyden art.* 12. Grotius *lib.* 5. *cap.* 23. *n.* 3. & 4. Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 52.

4. Cum ergo secundum jam dicta tacitus præpositioni jussus inesset, ut cum magistro contrahatur, æquum etiam prætori visum fuit, exercitoriam inde actionem dare in id, quod magistri contractu comprehensum est: quæ est actio perpetua, personalis, competens iis, qui contraxerunt cum magistro vel vicario ejus, etiam contra præponentis prohibitionem substituto, & eorum heredibus, *l.* 1. *§. magistrum* 5. *l. si tamen* 4. *§. ult. ff. b. t.* licet is, qui cum magistro contraxit, sit unus ex pluribus navis ejusdem exercitoribus, *l. si eum* 5. *§. ult. ff. b. t.* vel magistrum in sua patria vel dominica habuerit potestate, eo quod non tam magistri, quam exercitoris, finem secutus est, *d. l. si eum* 5. *pr. ff. b. tit.* Non tamen ei datur, qui cum servi sui, navem exercentis, magistro contraxit; quippe cui sola directa in servi sui magistrum actio est, *d. l.* 5. *§.* 1. *ff. b. t.* Sed nec illis, qui cum nautis, id est, sociis nauticis, contraxerunt; eo quod nautam adhibens exercitor, contrahi cum eo, jussisse non intelligitur, *l.* 1. *§. sed si cum* 2. *ff. b. t.*

5. Datur adversus exercitorem, *l.* 1. *§. pen. ff. b. t.* qui si filiusfamilias sit, ipse quidem conveniri potest; sed nihilominus & in patrem actio datur in solidum, si consenserit; de peculio, si consensus desit, *d. l.* 1. *§.* 19. 20. 22. *ff. b. t.* Quod si plures exercitores sint, vel servus pluribus communis voluntate omnium navim exerceat, contra singulos in solidum actionem hanc dari, Romanis placuit, ita ut unius præstatione cæteri liberentur, & solvens recuperare judicio societatis queat ab iis pro rata, quod supra suam partem præstare compulsus fuit; idque, ne in plures adversarios distringeretur, cui cum uno contraxit, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *§.* 2. *ff. b. t.* Nisi singuli per se navem exerceant sine magistri ministerio: tunc enim, quia invicem sui magistri non sunt, pro portionibus exercitionis singuli conveniendi forent, *d. l.* 4. *pr. ff. b. t.* Quod postremum moribus nostris æquius visum etiam tunc, cum per magistrum plures navem exercent; ut scilicet singuli non ultra eam partem, qua exercitores sunt, ex magistri contractu teneantur. Cui & illud insuper accessit, quod in universum liberari possint a debitis ex magistri contractu natis, si totam partem suam totumque jus, quod in navi ejusque apparatu habent, derelinquere, ac creditoribus cedere, parati sint, dum durum nimis creditum, ex alieno alium contractu factove teneri ultra id quod ejus fidei curæque permisit; atque insuper metuendum foret, ne ea ratione in præjudicium negotiationis maritimæ absterrerentur mortales a navibus exercendis, si quasi in infinitum possent obstringi ex contractu magistri, per emergentem tandem celatam diu morum improbitatem dissipaturi forte dolo malo pecunias, in usum navigationis non perperam creditas, Grotius *de jure bell. ac pac. libr.* 2. *cap.* 11. *num.* 13. & *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 1. *num.* 58. 39. 43. 44. Jac. Coren *observ.* 40. *num.* 26. 27. Ant. Matthæus *de action. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 8. *in med.* Groenewegen *ad §.* 2. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate.*

6. Non aliter tamen huic actioni exercitoriæ locus est, quam si magister contraxerit ejus rei gratia, cui fuit præpositus, veluti, ut sociis nauticis mercedes solvat, satisfaciat illis, qui crediderunt in navis refectionem, navim armet, instruat, socios exhibeat, alat, *l.* 1. *§. non autem* 7. 8. 9. 11. *ff. b. t.* Unde & si plures ejusdem navis magistri sint, inquirendum ultra foret, utrum divisis, an non divisis officiis præpositi essent; cum præpositio certam contrahentibus legem det: nam si divisis, dum alter locando, alter exigendo præest, non obligatur exercitor, nisi quatenus unusquisque eorum intra muneris demandati terminos contraxerit: sin conjunctim, ex singulorum contractu conveniri posset, nisi in pluribus simul præficiendis id actum sit, ne alter sine altero quicquam gerat, *l.* 1. *§. igitur* 12. 13. & 14. *ff. b. t.* Necesse insuper, ut res illa, in cujus emtionem mutuum magistro numeratum est, eo in loco comparari possit; ac denique navigatio tali ac tanto sumtu indigeat: nam si ad navim armandam quis crediderit, quæ jam satis armata erat, nihil ab exercitore recuperat: & si plus justo crediderit, id solum repetit, quod credi necesse fuit; nisi in pretiis rerum magister creditorem dolo decepisset, *l.* 1. *§. sed & si* 10. *junct. l. ult. pr.* & *§.* 1. *ff. b. t.* Quod si concurrentibus hisce requisitis, magistro navis recte creditum sit, is autem mox, voluntate mutata, in suos illud usus converterit, aut inutiliter absumserit, non creditoris sed exercitoris damnum erit; quippe cui imputandum, quod talem præposuerit, jusseritque ei credi: non enim oportebat, creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat, & negotium domini gerat, sed sufficiebat, quod sciret, necessariam refectioni pecuniam esse, *l.* 1. *§.*

unde quærit 9. *l. ult. ff. h. t.* Quamvis ne hoc quidem nostris moribus usque adeo scitu ac probatu necessarium sit, ut actioni exercitoriæ locus fiat; sed id unum requiri videatur, ut quis sciens, magistrum illum esse, ei, qua tali; bona fide crediderit in usus navigationis, supina nulla ignorantia laborans, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 42. 43. 44. tum, quia secundum ante dicta non jam in infinitum ex magistri facto obligantur exercitores, sed liberantur navis & apparatus navalis cessione: tum quia non adeo multis notum, ad quem modum, quot, quantis, qualibus, instrumentis & apparatu navis unaquæque opus habeat, atque ita navigatio impediretur, paucis tali cum crediti periculo in navis usum magistro credituris: tum denique, quia etiam Romanis placuit, exercitorem obligari, quando magister in pretiis rerum emtarum fefellit creditorem, *l.* 1. *§. sed & si* 10. *ff. h. t.* an autem falso rerum emtarum pretio dicto, an mendaci reparationis necessariæ obtentu, circumveniatur a magistro creditor, quid, quæso, refert? culpa certe major penes exercitorem existeote, quod tam malignum navigio suo præfecerit impostorem.

7. Hæc ita si magister contraxerit: quod si deliquerit, si quidem ipso officio, cui erat præpositus, dum forte data opera, vel culpa atque imprudentia manifesta, in navigium alienum impegit suum, aut merces sibi ad transvehendum datas surripuit, doloce corrupit, exercitores ex quasi delicto teneri constat, *§. ult. inst. de oblig. quæ quasi ex delicto*, ita tamen, ut hodie liberari possint navim totam noxæ dando, ut dictum *t. nautæ caup. stabul. ut recepta restituant num. ult.* Ex ceteris delictis a magistro extra officium perpetratis, non ultra in exercitores actio datur, quam quatenus inde locupletiores facti sunt, arg. *l. dolus* 3. junct. *l.* 4. *ff. quando ex facto tut. minor. agere vel conven. poss.* nisi vel mandassent ipsi talia maleficia, vel ope aut consilio eа juvissent, arg. *§. interdum* 11. *Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. sæpe ita* 43. *§. ult. ff. de verbor. signific. l. consilii* 37. *ff. de reg. jur.* Quod ipsum etiam insigni firmatur responso Pauli in *l. cotem* 11. *§. dominus* 2. *ff. de publican. & vectigal. & commiss.* quod ita habet; *dominus navis, si illicite aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro, vel gubernatore, aut proreta, nautave aliquo factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissis mercibus, navis autem domino restituitur*, nisi aliud ob publicam utilitatem statuto disette cautum esset. Confer responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 356. (*rectius* 256.) *pag.* 681. *& seqq.* Hinc &, si magister navis piraticam exercuerit, eo nomine exercitores non teneri, judicatum fuit, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 45. 46. ibique Groenewegen *in notis*, Wassenius *cent.* 2. *consil. civil.* 86. eo modo, quo non tenentur ad damni reparationem Principes aut Respublicæ, si cum indulsissent quibusdam mari prædam in hostes agere, illi piraticam in amicos aut confœderatos exercuerint; sed tantum ad id, ut, si capere delinquentes possint, de iis supplicium sumant: prout aliquando responsum a Juridica Facultate Leydensi, inter Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 1. Grotius *de jure bell. ac pac. lib.* 2. *cap.* 17. *numer.* 20. Quod & jure gentium justum esse, vel inde potest colligi, quod nonnunquam nominatim inter diversarum regionum Principes aut Proceres pactis publicis id actum fuit, ut centuriones, aliique, qui naves bellicas ad nocendum hostibus sumtu suo exercent, ac parant, cautionem ad certam usque quantitatem pecuniariam præstent, de non offendendis aut lædendis per piraticam, aut aliter, amicis aut fœderatis. Quæ sane cautio non multum proficeret, si ipso jure principes aut exercitores ex suorum magistrorum aut præfectorum navalium piratica devincti essent. Vide *Tractaat de Marine met Vrankryk* 27. *April.* 1662. *art.* 37. 38. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2915. item *Tractaat de Marine met Engelant* 1. *Decembr.* 1674. *art.* 10. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 355. in qua tamen posteriore inter Anglos et Belgas conventione id jure singulari adjectum, ipsam quoque navem pro damno dato obligatam fore.

8. Præter actionem exercitoriam insuper creditores exercitorem actione mandati contraria convenire possunt, ad recuperandum id quod magistro in usus navigii crediderunt, cum præponens creditum tale jussisse intelligatur, *§. ult. instit. quod cum eo qui in alien. potestate*. Possunt et cum ipso magistro experiri, si is homo liber sit, *l.* 1. *§. est autem* 17. *ff. h. t.* licet ex adverso exercitor convenire nequeat eum, qui cum magistro contraxit, nisi in subsidium et extra ordinem: dum forte nequit a magistro per actionem mandati, locati, aut similem, id consequi, quod sibi ex navis suæ exercitio debitum est, *d. l.* 1. *§. sed et contrario* 18. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de institor. act*, junct. *leg. & ti* 4. *C. de institut. & exercit.* Sciendum enim, magistros, ad instar mandatariorum, obstrictos esse, ut exercitoribus, id desiderantibus, rationem reddant nauli accepti, et sumtuum vicissim factorum, et reliqua restituant; adeo ut, si quædam accepta dolo malo celaverint, mulctandi veniant ducentis florenis, exercitori applicandis, præter id, quod ejus interest, fraudem in rationibus non esse commissam, *Placcaat van Kon. Philippus ann.* 1563. *t. van den Schipper ende Kooplieden, art.* 10. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 808. *Ordinantie van Keyser Carel op de Zee-Rechten* 19. *Julii* 1551. 45. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 795. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 23. *num. ult.*

TITULUS II.

Ad Legem Rhodiam de jactu.

SUMMARIA.

1. *Rhodienses multis fuerunt celebres. Explicatio l.* 9. ff. h. t.
2. *Quid fuerit cautum lege Rhodia de jactu? quæ æquitas hujus legis, quæ non jactum, sed mercium conservationem consideratat? locus est legi & contributioni, sive consentientibus sive invitis mercium dominis jactus sit factus; sive alii in eodem periculo projecerint, nec ne; sive in mari sive in portu; serena vel turbida tempestate; si modo periculi amovendi causa?*
3. *Multa jactui similia habentur, quid sit avaria, quæ vulgo in magnam seu grossam & communem dividitur?*
4. *Quæ pertineant ad avariam magnam? ubi de*

mercibus aspersione aquæ corruptis, mercibus in scapham conjectis & ita pereuntibus, de armamentis navis dejectis aut amotis, de mercibus datis, ut navis a piratis redimeretur, vel pretio redemtionis promisso.

5. *Recensentur plura alia ad avariam magnam pertinentia; inter quæ, si navis vado hærens pereat, cum nauta jactu facto potuisset navim salvam facere, sed maluit adhibitis scaphis merces educere, ut omnes salvæ essent; item si quis consulto navim in littus impegerit; & alia.*

6. *De variis impensis & damnis, quæ ad avariam magnam spectant; ubi & de damnis cum navigandi societas coita esset* (Admiraalschap) *reparandis vel non.*

7. *Qui sumtus pertineant ad avariam communem?*

8. *Impensæ factæ in scaphas onerarias,* (Lichters) *& tributum, quod appellatur* Last gelt, *pro qua parte graveat dominum navis & mercium?*

9. *Recensentur casus, quibus damnum gravat ipsos mercium dominos, cessante contributione; ubi de mercibus effluentibus aut aliter corruptis; damnis navi per violentiam tempestatis illatis; nave post jactum pereunte, dum merces in scapham conjectæ salvæ sunt, & quid juris, si merces jactæ, vel cum navi mersæ, per urinatores eductæ sint?*

10. *De damnis dolo vel culpa magistri datis per ipsum aut exercitores reparandis; ubi de non assumtis vadorum peritis* (Lootsen) *de navi plus justo onerata, aut mercibus male collocatis.*

11. *Qua via, & quibus actionibus, domini mercium salvatarum obtineant contributionem, & quamdiu hodie durent actiones ad eam impetrandam?*

12. *Qui debeant contributionem facere? an & dominus navis? An & illi, qui mutuum numerarunt sub pignore carinæ,* op Bodemerye? *An & domini mercium jactarum? & quid si jacta, cum necdum medium itineris absolutum esset?*

13. *Nihil refert, quales res jactu servatæ sint, an magni an parvi ponderis? & quid in eo, quod socii nautici ex more sine naulo transvehunt? Quid juris, si merces jactæ, quæ non ab initio, sed post emensam itineris partem fuerant navi impositæ? Si ignaro navis totius conductore magister merces alias imposuerit, et hæ jactæ sint, an et tunc conductor ex suis salvatis contribuere debeat?*

14. *Non contribuendum ex esculentis et poculentis in dies proximos consumendis, nec hodie ex vestibus quotidianis, esculenta non fieri ipso jure communia in navi in casu necessitatis.*

15. *Non contribuendum ex salvatis, si postea casu perierint, antequam ad locum destinatum perlatæ essent, æstimandæ sunt merces jactæ et salvæ, jactæ quanti emtæ, salvæ quanti vendi possunt; quo ipso omnimodam observari æqualitatem demonstratur.*

16. *Quo modo hodie salvæ et jactæ æstimentur?*

17. *Etenim pecunia jactæ vel salvatæ intuitu contributio locum habet, et æstimatur non ex valore imposito, sed secundum internam materiæ bonitatem; sarcinæ jactæ æstimantur, prout extrinsecus apparent, non item pretiosa, quæ clam iis inclusa, nisi magister mature sit monitus, vel nisi pretiosa illa non jacta, sed salvata probentur.*

18. *An ædibus dirutis ob ortum incendium, ne latius serpat, viciniæ domino ædium id reparare debeat?*

19. *De aliis legis Rhodiæ capitibus, remissive.*

1. QUantam olim nominis celebritatem insula Rhodus rapiente in admirationem Colossi structura ac operum aliorum nobilitate, gymnasio Asiaticæ eloquentiæ ac mathematicarum artium studiis clarissimo, navalibus victoriis, aliisque, adepta fuerit, non est quod hic pluribus prosequamur. Id unum suffecerit adnotasse, usque adeo navigandi peritia atque solertia, & legum nauticarum æquitate gloriam sibi peperisse urbis hujus ac insulæ incolas (uti quondam etiam Veneti, teste Julio Cæsare lib. 3. de bello Gall.) ut & Antonini Imperatoris meruerint assensum ac comprobationem, *l. 9. ff. h. t.* Cujus legis nonæ ut sensus evidentior sit, & evitentur ex geographia petitæ difficultates, dum intelligi non satis apte potest, qua ratione Eudæmoni, in Italia naufragium passus, a publicanis Cyclades insulas inhabitantibus direptus fuerit; in Eudæmonis quidem supplicatione non improbabiliter quandam tentatam puto emendationem, ut pro ἐν τῇ Ἰταλίᾳ reponatur ἐν τῇ τηλίᾳ, scilicet θαλάσσῃ, id est in mari Telio, quod circa Telum insulam est, vel ἐν τῷ Ἰκαρίῳ, id est in Icario mari: sic enim facilius concipi poterit, per publicanos, Cyclades Insulas inhabitantes, direptum fuisse Eudæmonem, in Icario Teliove mari, non adeo distantibus, naufragium perpessum. Ipsum autem Antonini rescriptum quod attinet, considerandum id, quod Latinis *jus*, Græcis νόμον esse, ac proinde uti jus & injuria varie accipitur, *l. pen. & ult. ff. de justit. & jure pr. Inst. de injuriis*; ita & vocabulo νόμος frequenter quidem *legem*, subinde & *consuetudinem*, quandoque etiam *jus* denotari, veluti cum dicitur νόμῳ πολέμου, jus belli, ut videri potest apud Stephanum in lexico Græco sub verbo νόμος. unde & in Institutionibus ἀνομία καὶ ἀδικία pro injustitia & iniquitate accepta fuit, *pr. Inst. de injuriis.* Quibus præmissis, si, demto puncto post vocabulum θαλάσσης, continuata serie legamus rescriptum Imperatoris, & vocabulum νόμος priore loco positum reddamus Latine per *jus*, nulla amplius hærebit ambiguitas, obscuri nihil. Scilicet ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης τῷ νόμῳ τῶν ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ &c. id est; *ego quidem mundi dominus* (supple *sum*) *jus autem maris lege Rhodia nautica judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur.* Quasi diceret; ego quidem mundi dominus sum, sic ut negotiis nauticis meo possem arbitrio leges ponere ut summus legislator; cujus solius est & condere leges & interpretari. Sed, quia jam extat æquissima, & velut usu frequenti ad examen justitiæ revocata, lex Rhodia, eam comprobandam censeo, atque adeo constituo, ut jus maris circa quæstiones navales definiatur, decidatur, judicetur, secundum hanc ipsam Rhodiorum legem, quatenus nulla nostrarum legum adversatur. Quod autem Imperator se mundi dominum appellat, id de mundo seu orbe Romano accipi oportere, colligi potest ex *l. in orbe 17. ff. de statu homin.* in qua omnes, qui *in orbe Romano* sunt, ex

constitutione Imp. *Antonini* cives Romani dicuntur effecti. Quae interpretatio eo magis admittenda erit, si consideres, Antoninum illum, cujus mentio est in *d. l.* 17. non fuisse Antoninum Caracallam, sed vel Antoninum Pium, vel Marcum Antoninum philosophum, ut demonstravi *t. de statu homin. n.* 2. hujus quoque rescripti praesentis auctorem alium esse non posse, quam vel Pium, vel Marcum Antoninum, neutiquam Caracallam, cum Volusius Maecianus hujus meminerit rescripti secundum suprascriptionem *legis* 9. *ff. b. t.* quem ante tempora Caracallae scripsisse ac floruisse certum est. Sic ut nec improbabile sit, eundem Antoninum sive Marcum, sive Pium, auctorem esse, tum constitutionis, qua omnes in orbe Romano cives Romani effecti sunt, tum hujus de naufragio & direptione rescripti; eique quasi in consuetudinem quandam abiisse, quod se mundi vel orbis Romani dominum jactaret, scriberet, profiteretur. Alias hujus legis explicationes & emendationes vide apud Vinnium ac Peckium de re nautica ad *d. l.* 9. *ff. b. t.* Jacobum Gothofredum, *libello peculiari ad d. l.* 9.

2. Praecipua inter leges Rhodias est ea, quae de jactu & contributione agit; qua cautum, *ut si navis levandae gratia jactus mercium factus sit, omnium contributione sarciatur* damnum, *quod pro omnibus datum est, l.* 1. *ff. b. t.* aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent, *l. si laborante* 2. *in fine pr. ff. b. t.* Unde apparet, non ex jactu sed ex subsecuta ad jactum conservatione aliarum mercium natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de jactu actio esset: eoque conferendum, quod ab Ulpiano rescriptum est, eum, qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla teneri actione: sed si sine causa id fecisset, in factum; si dolo, de dolo actione obstringi, *l. qui servandarum* 14. *ff. de praescript. verbis.* Etsi legem illam alii aliter explicent, & Vinnius velit, id tantum ibi definiri, quis ex jactu teneatur; scilicet, non eum, qui projecit, sed illum cujus intererat projici, dum merces suas salvas habet, licet ipse non projecerit, *ad Peckium de re naut. ad l.* 2. *pr. ff. b. t. lit. b.* Quae tamen interpretatio minus convenit verbis *d. l.* dum ibi quaeritur de eo, qui non simpliciter projecit, *sed suarum servandarum causa alienas projecit*. Nec refert, utrum consentientibus mercium dominis, an illis invitis, actus factus sit; modo sociorum nauticorum judicio periculum imminens jactum desideret, & quoad ejus fieri potest curetur, ut gravioris ponderis pretiique minoris merces projiciantur, *Wisbuysche Zee-Rechten art.* 20. 21. 39. *vel* 40. *Zee-Rechten van Kon. Philippus* 1563. 1. *van Schipbrekinge en Zeevverpinge art.* 4. 5. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 814. 815. Neque inquirendum, an & alii in eodem periculo constituti jactum fecerint, aut armamenta amoverint, nec ne; sed magistri & sociorum istius navis aestimatio ex bona fide est, atque judicium, quae sufficiens imminentis periculi magnitudo sit, qua quantitate oporteat salutis ergo jacturam facere, Weitsen *van Avarye vers. daeromme*. Non etiam interest, quo in loco jactus fiat, si modo commune periculum immineat, & ejus amovendi gratia jactus necessarius judicatus fuerit; sive in pleno mari, sive in portu; sive tempestatis violentia jactum suaserit; sive etiam sereno coelo alia quapiam causa non praevisa; ut magistri culpa non sit; cum leges nullam locorum intuitu distinctionem faciant, & ex mox dicendis pateat, multa alia extra ventorum vim contributioni locum facere, quoties communis periculi amovendi intuitu merces quaedam perierunt dominis, ut caeterae salvae sint, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 65.

3. Jactui enim alia plura inveniuntur comparata, partim jure Romano expressa, partim ex usu navigantium, & tum antiquioribus tum recentioribus legibus nauticis paulatim recepta: quae omnia per contributionem sarcienda *avariae* appellatione venire solent, vulgo *Avarye*. De cujus denominationis origine, ac ratione, conjecturae variae occurrunt apud Weitsen *tract. van Avarye in pr.* Vinnium ad Peckium *de re nautica ad l.* 1. *ff. b. t. in fin.* Sciendum autem, non unius generis nunc avariam esse, sed in *magnam*, seu *grossam*, & *communem* dividi. *Magna* dicitur, quoties non modo mercium salvatarum, sed & ipsius navis, dominus tenetur contributione damnum pro rata resarcire. *Communis*, cum soli mercium, non item navigii ipsius domini, hac gravantur contribuendi necessitate. Et si Gallis nunc avaria magna & communis pro eodem accipiatur. *Ordonnance de Louis XVI. touchant la marine livre* 3. *t.* 6.

4. Ad avariam magnam praeter damnum ex jactu datum pertinet etiam, si jacturae occasione merces aliae detectae, atque ita aspersione aquae corruptae fuerint: si modo plus sit in corruptione seu damno per aspersionem aquae dato, quam est in contributione: nam si plus sit in contributione quam est in damno per aspersionem illato, ipsi mercium corruptarum domini adhuc aliis, quorum res projectae, pro rata contribuunt, *l. navis onustae* 4. §. *ult. ff. b. t.* Cui non absimilem aliam facti speciem exhibet Weitsen *tract. van Avarye, versu, nemaar hebbe*, si forte aquae superfluentis exonerandae gratia apertura quaedam in navi fiat, quae corruptioni per aspersionem occasionem praebet. Sed & jacturae simile est, si merces quaedam in scapham conjectae sint, ut navis portum facilius intraret, & scapha perierit, *d. l.* 4. *pr. ff. b. t. Zee-Rechten van Kon. Philippus ann.* 1563. *t. van Schipbrekinge art.* 10. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 816. idque mercium pereuntium non item scaphae ipsius pereuntis intuitu, Weitsen *van Avarye circa med. vers. voorts tois de vrage*, vel si communis periculi amovendi causa armamenta navis, veluti anchorae, rudentes, mali, antennae, aliaque similia dejiciantur, caedantur, removeantur, navigantium, aut saltem sociorum navalium consilio ac voluntate, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l. amissa* 5. §. 1. *ff. b. t. Wisbuysche Zee Rechten art.* 12. 21. vel navis a piratis, datis quibusdam mercibus, una cum reliquis rebus navigio impositis redempta sit, *l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. b. t.* sive mercium pars data fuerit, sive lucrum promissum, magistro velut pignoris jure retento, donec illud solutum sit, Weitsen *van Avarye circa med. vers. ende uyt 't gunt*, Vinnius *ad Peck. de re nautica ad l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. b. t. lit. a.* etsi tales cum piratis transactiones superiore seculo vetuerit Philippus Hispan. Rex *placito* 20. *Januar.* 1570. *art.* 27. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 835. Non item, si piratae arbitrio suo res quasdam ex navi abstulerint, vel u-

nus suas merces a piratis redemerit; *l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h. t.* uti nec, si ipsa navis violentia tempestatis damnum senserit, ictu fulminis deustis forte armamentis, & arbore, & antenna, etsi tumultuariis armamentis ad præsens comparatis instaurata onus integrum pertulerit ad locum destinatum, *l. amissæ* 5. *l.* 6. *l.* 7. *ff. h. t.* Weitsen *van Avaryen fere in pr. versu, notanter,* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 29. *num.* 20. Ut tamen contributioni locus esse debeat, si malus ventorum vi dejectus, ita tamen suis funibus cohæreat navigio, ut periculum sit, ne navis in malum fluctuantem identidem concussione maris impingens rimosa fiat, ac mergatur, ideoque discriminis illius amovendi causa funes ejus rescindantur, Weitsen *van Avarye, vers. ende hoewel hier vorem geseyit,* Groenewegen *ad Grotii manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *n.* 20. Vinnius *ad Peckium de re naut. ad l.* 2. §. 1. *ff. h. t. lit. b.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 29. *numer.* 3. *vers. sed quod.* Quemadmodum etiam pro redemtione a piratis haberi debet, si piratæ citra ullam conventionem res quasdam surripuerint, secundum demonstrationem sibi a navis magistro factam: quippe qui præsumendus est res demonstrasse viliores ad diripiendum, ut illis captis reliquas relinquerent, ideoque periculi communis amovendi causa, Weitsen *d. tract. van Avarye fere in med. vers. nu is de questie offer eenig,* Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h. tit. c.,* Leeuwen *d. loco versu præterea.*

5. Præterea ad avariam magnam pertinet, quod magister navis mercedis nomine solvit scapharum onerariarum locatoribus, cum, nave majore vado hærente, periculi avertendi causa merces exonerandæ, *Zee-Rechten van Kon., Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 10. *d. volum,* 1. *placit. Holl.* 816. Sed &, si sine culpa nautæ navis vado hæret, ac is jactu facto navem servare valens, consultius crediderit, scaphis adhibitis salvare merces, post plerasque autem salvatas, oborta subito tempestate, navis collisa fuerit; damnum illud, tanquam periculi communis amovendi causa illatum, de communi sarciendum foret: non enim navis levandæ gratia merces in scapham videntur impositæ, ut navis cum mercibus reliquis salva esset; sed magis ipsa navis discrimini remansit exposita, ut merces scapharum ope possent conservari. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 153. Cui proximum, si communi peritorum consilio navis ad mercium conservationem consulto in littus impulsa fuerit, atque ita salvatis mercibus ipsa perierit, *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *d. t. van Schipbreken art.* 4. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 12. & 14. Quin &, si tempore difficilioris ac impeditæ navigationis ob hostium aut piratarum vim, magister navis, comitibus reliquis vela facientibus, funes anchoræ rescindat, dum educere non potest, ne alias solus sine comitatu iter faciat, vix dubium, quin navis & mercium servandarum, atque ita periculi avertendi intuitu id detrimentum factum, communiter reparandum sit, Weitsen *van Avarye vers. t. wertkwel. apparentie heeft.* Porro, etsi scapha nec pars nec instrumentum navis sit, *l. scapham* 44. *ff. de evict. l. ult. ff. de instruct. vel instrum. leg. l. Marcellus* 3. §. 1. *ff. de rei vind.* tamen, si oborta tempestate magister navis resecuerit fluctuantis scaphæ funem, ne navi noceretur impacta in navem scapha, vel aliter, cum sat amplum scaphæ in transtro navis reponendæ spatium esset, hanc quoque scaphæ amissionem contributione sarciri, usu obtinuit, Weitsen *d. tract. van Avarye, versu, nu is de questie of de boot.* Et quamvis hominum liberorum navi vectorum nulla æstimatio sit, ac proinde eorum salvatorum aut pereuntium intuitu contributio locum non inveniat, *l.* 2. § *cum in eadem* 2. *in med. ff. h. t.* hactenus tamen hodie ei locus est, ut, si in defensione navis adversus piratas, aut in amovendis periculi evitandi causa armamentis, socii nautici peremti aut mutilati fuerint, peremtis honesta sepultura fiat, mutilatis æstimatio operarum, quibus cariturí sunt, viri boni arbitrio præstetur, communi sumtu eorum, qui navis merciumque domini sunt, *Zee-Rechten van Konink Philippus, anno* 1563. *t. van Schipbreking art.* 2. *d. vol.* 1. *pag.* 814. *Ordonn. van Keyser Carel op de Zee-Rechten art.* 28. *d. vol.* 1. *pag.* 790. Weitsen *van Avarye circa med. versu, voorts so hebbe ik.*

6. Plura insuper impendia, etiam non insolita, vel ob inexpectatum casum facienda avariæ magnæ adscribi communiter fere placuit; veluti, id quod naves non armatæ contribuunt armatis pro sui tuitione, si navigandi societas inita sit, (vulgo *Admiraalschap.*) *Placitum Ordinum General.* 1. *Sept.* 1643. *art.* 46. *vol.* 1. *Placit. Holl. pag.* 882, & *placito* 4. *Junii* 1622. *art.* 4. *d. vol.* 1. *pag.* 928. quod erogatum in piscatores vel vadorum peritos, ut navis in tutum portum deferatur, si sex librarum Flandricarum quantitatem excedat, *Zee-Rechten van Kon. Philippus t. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 816. quod solutum visitatoribus navium, inquirentibus, an navis secundum præcepta legum nauticarum satis armata atque instructa sit, *Zee-Rechten van Kon. Philipp. t. van toerustinge van Schepen art.* 10. *d. vol.* 1. *pag.* 803. Denique ad avariam magnam & illud pertinet, si, cum plures navigandi societatem contraxissent, (*Admiraalschap.*) navibus quibusdam damnum a piratis illatum fuerit, aut pro defensione pulvis pyrius ac globi consumti, nisi se turpiter hostibus aut piratis magister cum sociis nauticis dediderit; vel naves quædam velocitati fidentes, & ob id a classe reliqua separatæ, damnum perpessæ sint; cum id, quod quis sua culpa sentit, damnum non intelligatur, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de regul. juris,* Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 22. *n.* 2. & *seqq.* & *n. ult.*

7. Ad avariam communem, solas merces vectas non naves gravantem, reduci solet, quod vadorum peritis ac piscatoribus pro deductione navis in tutum locum penditur, si sex libras Flandricas non excedat, *Zee-Rechten van Kon Philippus tit. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 8. 6. quodque pro more præstandum gubernatoribus castellorum, quæ navis prætervehitur; vel mercenariis solvitur, pro navigio ex portu, vel in portum ex flumine, vel in flumen, trahendo aut reducendo, in quibus juratæ magistri assertioni credi solet, Weitsen *van Avarye fere in pr.*

8. Præter hæc ad avariam magnam aut communem hactenus relata tum damna tum impendia, alia insuper tributa sunt, quæ proprie ad neutram ava-

riæ speciem reduci possunt, etsi per mercium naviumque dominos pariter ferantur, dum non servata proportione æstimationis rerum & navigii; sed simpliciter certa tributi portio navium dominis, alia mercibus imponitur: quale est quod pro rata capacitatis navium pendendum est, (vulgo *Lastegelt*) cujus partem tertiam seu trientem navis dominus, bessem domini mercium vectarum ferunt, *Placit. Ordinum General.* 18. *Ianuar.* 1633. & 27. *Iulii* 1645. *volum.* 1. *placit. Holland. pag.* 916. & 918. quemadmodum etiam mercedis bessem magister, trientem domini mercium ferre tenentur, quoties ob id, quod navis plena portum intrare non potuit, scapharum onerariarum conductione opus fuit, (*Lichters*) quo navis levata deinde subintret. *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 10. *d. vol.* 1. *pag.* 818.

9. Sunt denique & damna quædam, quæ nullo modo per contributionem ex mercibus salvatis reparanda sunt, sed vel ipsis mercium læsarum dominis nocent, vel ab aliis, quam mercium salvarum dominis sarciri debent. Ipsos mercium læsarum dominos gravat, si merces vasorum vitio effluxerint in navi, aut aliter sine culpa magistri eorumque, quorum opera utitur, sua natura corruptæ sint, arg. *l.* 2. §. *servorum* 5. *ff. h. t. Zee-Rechten van Keyser Carel* 19. *Iulii* 1551. *art.* 44. *d. vol.* 1. *pag.* 793. vel aspersione aquæ, non occasione jactus contingente, deteriores redditæ, Vinnius *ad Peckium de re naut. ad d. l.* 4. §. *ult. ff. h. t. lit. d.*; ut ante dictum, navis vi tempestatis, non periculi communis amovendi causa ex consilio, exarmata sit, aut merces ex navi suo piratæ abstulerint arbitrio *l.* 2. §. *si navis* 3. *l. amissæ* 5. 6. 7. *ff. h. t.* si, navi per maris quassationem vitium faciente, seu rimosa facta, aut aliter merces quædam aquæ intrantis aspersione corruptæ sint, non jactus occasionem, *l. navis onustæ* 4. §. *cum autem* 2. *l. ult.* §. 1. *in fine ff. h. t.* Si, non obstante jactu, navis nihilominus alio in loco perierit; quia jactus non nisi nave salva in tributum venit, *d. l. navis onustæ*, 4. *pr. ff. h. t.* adeo ut si merces jactæ, vel in scapham transpositæ levandæ navis gratia, postmodum salvæ apparuerint, suis debeant cedere dominis sine ullo onere collationis; cum in navi mersa relictæ merces non perierint pro jactarum conservatione, nec (ut Callistratus ait) videri possunt merces servandæ navis causa jactæ, quæ periit; *d. l.* 4. §. 1. *in fin. ff. h. t.* Plane, si ex navi, quæ periit, merces quædam eductæ sint, contributionem ex his fieri placuit; cum jactus has salvas fecerit, quippe non educendas, nisi jactu levata navis, nunc eo periisset in loco, ubi urinatorum opera utilis esse poterat; inutilis futura, si jactu non facto navis maturius mersa periisset, *d. l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Quemadmodum etiam ex adverso, si merces jactæ vel cum scapha pereuntes, deinde urinatorum industria vel aliter servatæ apparuerint, exoneratur seu minuitur collatio, quæ salva nave fieri debuit, aut restituitur, quod jam supra modum per mercium salvatarum dominos collatum fuit, *l.* 2. §. *pen. ff. h. t.* Confer VVeitsen *de avariis, circa med.*

10. Quod si dolo culpave magistri, aut eorum quorum opera utitur, merces subductæ, corruptæ, læsæ fuerint, a magistro navis vel exercitore damnum illud oportere reparari, extra dubium est, *tit. ff. furti advers. naut. caup. stabular. tit. ff. naut. caup. stab. ut recepta restit.* arg. *l. cuicunque* 5. §. *idem ait* 8. *ff. de instit. act. Zee-Rechten van Keyser Carel anno* 1551. *art.* 43. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 793. Quemadmodum etiam magistri damnum est, si vadorum peritos (*Loetsen*) non adhibuerit in locis vadosis, ubi illos adhiberi moris est, arg. *l. item quæritur* 13. §. *si magister* 2. *ff. locati*. Unde & variis Ordinum Hollandiæ placitis eorum assumendorum necessitas invenitur imposita, usque adeo, ut, si magistri navium operam eorum oblatam respuant, salarium tamen præstare compellantur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 816. *Placit. Ordinum Holl.* 19. *Decemb.* 1615. *art.* 7. *vol.* 1. *pag.* 1034. item 25. *Iunii* 1621. *art.* 7. *vol.* 2. *pag.* 1034. item 10. *Sept.* 1658. *art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 1040. Sed & si ob id, quod plus justo navis onerata fuit, vel merces male collocatæ, in transtro forte aut scapha, vel alteri navigio deteriori ignorante mercium domino impositæ jactura vel aliter, oborta tempestate, perierint aut corruptæ fuerint, de damnis hisce magister tenebitur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schipbrekinge art.* 8. *d. vol.* 1. *pag.* 815. VVeitsen *van Avarye ante med. vers. nu is de questie of de boot*, & *in fine*, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *n.* 20. eo excepto, quod merces quasdam magni ponderis parvique pretii (*ruyge Waren, van Oosten komende*) liceat in superiori parte navis reponere, sic ut & jactus earum in tributum veniret, Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 30. *art.* 43.

11. Nulla interim actio in jure nostro data est domino mercium jactarum, contra salvatarum dominos; sed ipse potius adversus magistrum navis experiri debet, actione locati, si merces vehendas locaverit, aut conducti, si loca quædam in navi conduxerit; vel, si incertum sit, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civili actione in factum, seu præscriptis verbis; ut is a ceteris contributionem exigat, vel per retentionem mercium salvatarum, vel per conducti aut locati aut præscriptis verbis actionem, *l.* 2. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. 1. *ff. de præscript. verbis*: non item per actionem hypothecariam contra tertios mercium salvatarum possessores; eo quod retentio quidem, at non pignoris taciti vel legalis jus magistro in mercibus salvatis a lege datum invenitur; secundum ea, quæ traduntur *tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Ut tamen magister navis audiendus videatur, ac absolvendus, si mercium jactarum dominis actiones suas adversus salvatarum dominos cedere paratus sit, arg. *l. quod debetur* 51. *ff. de peculio*, Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l.* 2. *pr. ff. h. t. lit. c.* præsertim, cum præstare non teneatur magister, ut ceteri solvendo sint, nec excutere & examinare teneatur facultates eorum, quorum merces vehit, arg. *l.* 2. §. *si quis ex* 6. *ff. h. t.* Quamvis autem actiones personales vulgo durent triginta annis, adeoque etiam hæ, quæ ad contributionem impetrandam comparatæ sunt, *l. sicut in rem* 3. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* hodiernis tamen moribus tempore breviori jus petendi contributionem circumscriptum est; puta anni, vel sesquiennii, vel triennii ex quo merces ad destinatum locum appulerunt, pro-

varia locorum distantia; & transvectione mercium itinere terrestri vel maritimo peragendi; de quibus vide *placitum Philippi Hisp. Regis 20. Januar.* 1570. *art. 24. vol. 1. placit. Holl. pag.* 834. *Ordonn. op 't stuk van Assurantie*, van Amsterdam *art.* 12. 15. 16. van Middelburch. *art.* 17. & 27.

12. Contribuere ad damni per jactum dati parationem tenentur omnes, quorum res per jactum aliarum salvatæ sunt, etiam dominus navis, quoties secundum ante dicta damnum ad avariam magnam pertinet, *l.* 2. §. 2. *ff. b. t.* Ut tamen domini loco habendus non sit, qui fœnus nauticam magistro credidit, sub pignore carinæ (*de Bodemerye*) etsi navis naviget periculo sortis amittendæ, si pereat, adeoque etiam talis creditoris videri possit interesse, ut navis salva sit: nam & aliorum creditorum hypothecariorum interest, pignora salva esse, maxime, ubi pactio talis intercessit, ut pignoris interitu debitor liberetur, secundum *l. quæ fer. vitio* 6. *C. de pignor. act.* nec tamen uspiam in jure cautum, ea, quæ in pignoris conservationem impensa sunt, per hypothecarios creditores debere præstari. Unde & vulgatam paræmiam esse, *Bodemerye vaart geen Avarye subject.* testatur Ant. Matthæus *disputat. de lege Rhodia*, (*quæ est inter extraordinarias disput.* 10.) *thes.* 13. Porro & ipse mercium jactarum dominus onere contributionis exemtus non est, quippe cui pro rata tanto minus tribuendum, quantum ceteris per contributionem decedit, vel abest; adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius quam septuaginta quinque ex contributione consequentur, quorum jactæ merces aureis centum æstimatæ sunt; uti id evidentissime colligi potest ex iis, quæ de mercibus per aquæ aspersionem occasione jactus corruptis ac depretiatis ante dicta, ex *l. navis onustæ* 4. §. 2. *ff. b. t.* atque insuper evincitur ex eo, quod placuit, omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere, *l.* 2. §. 2. *in med. ff. b. t.* interest autem æque dominorum, quorum merces jactæ, ac eorum, quorum res salvatæ sunt, ut ex sequentibus patebit, & adnotavit Ant. Faber *rational. ad l.* 2. §. 4. *ff. b. t.* Frustra dissentiente, ac a communi hac DD. opinione post Cujacium recedente Ant. Matthæo *disput. de l. g. Rhodia*, (*quæ est decima inter disput. extraord.*) *th.* 16. Neque enim id probant allegatæ ab eo leges, simpliciter dominis mercium salvatarum contributionem imponentes; nam & jactæ in sui pretio, ex contributione conferendo, salvæ sunt. Neque stringit satis argumentum, ex *l. interdum* 5. junct. *l.* 6. *ff. qui pot. in pign.* quasi potiores esse deberent domini mercium jactarum, quam servatarum, quia illarum jactus salvam fecit harum causam. Diversus enim in d. ll. casus est. Potior scilicet merito esse debuit creditor posterior, qui cum pacto hypothecæ credidit in rei, jam aliis obligatæ, conservationem; quia is sine ullo damni periculo aut metu poterat non credere in pignoris conservationem; ut proinde præmio quodam, putà prælationis privilegio, invitari debuerit ad credendum in necessariam ac utilem prioribus hypothecariis pignoratæ rei refectionem. At mercium suarum jacturam sæpe absentes & ignorantes domini patiuntur, aut, si maxime præsentes consentiant, non modo propter alios, sed & sua gratia, jactum rerum suarum fieri sinunt; non modo, ut aliorum, sed & ut suas merces proprias per contributionem salvas habeant, non habituri, si jactu non facto navis periisset. Cum ergo jactum æque jactarum, ac servatarum mercium contemplatione fieri & æquale omnibus imminuisse periculum, in aperto sit; æquum, ut non minus illarum, quam harum, domini contributionis onerentur necessitate, & ita æquales sint in damno sarciendo qui antea æquale subierant periculum amissionis. Ex quibus etiam rationibus consequitur, minus recte hac in quæstione distinctionem adhiberi a Quint. Weitsen, dum scribit, ita demum merces jactas subesse contributioni, si post absolutam dimidiam itineris partem jactus contigerit, quia tunc naulum magistro solvendum, non item, si ante, *tract. van Avaryen post med. vers. al 't welke.* Sane enim an magistro merces solvi debeat mercium jactarum nomine, annon, quid, quæso, facit ad quæstionem de facienda per verum jactarum dominos contributione?

13. De cetero nihil interest, quales res salvatæ sint, an magni ponderis, an ex adverso leves ac navim haud magnopere onerantes, veluti annuli, gemmæ; cum æquissimum sit, commune fieri detrimentum eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut suas salvas habeant, *l.* 2. *In fine pr.* & §. 2. *ff. b. t. Zee-rechten van Kong. Philippus ann.* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 7. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 815. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 19. adeo ut ex summi juris ratione ipsi quoque socii nautici teneantur contribuere ratione mercium suarum, quas ex lege nautica vel consuetudine sine nauli solutione navigio licite imponunt (vulgo *Voeringe*), etsi plerumque mitius eum illis agi, & contributionem eo nomine non facile peti, moneat Weitsen *d. tract. van Avaryen post med. vers. en de all de Bootsgesellen.* Sed nec refert, an statim ab initio susceptæ navigationis, an itinere ex parte jam absoluto, impositæ merces fuerint, quæ jactæ sunt, dum forte ex portu solvens magister, nave minus plena, alias prioribus non ultra modum adjecit; cum utique liberum ei licitumque sit, post emensam viæ partem usque ad justum vecturæ pondus merces alias suscipere transvehendas, si modo non præter primam destinationem aliorsum deflectat oneris quærendi causa, sed recta iter continuet atque perficiat, Weitsen *d. tract. van Avaryen fere circa fin. vers. voorts soo is de vrage.* Quin &, si mercator totam navim quasi aversione, conduxerit ad mercium suarum transvectionem, magister autem alias insuper aliorum res receperit eadem navi transvehendas, ignaro priore totius navis conductore, & postea, oborta tempestate, hæ clam impositæ jactæ fuerint; conductor prior, cujus res per jactum clam receptarum salvatæ sunt, domino mercium jactarum ex suis salvatis contribuere tenetur; regressum habiturus adversus magistrum, qui præter fidem datam alienis insuper mercibus navem oneravit; non enim posterior in culpa est, quod de suis quoque mercibus transvehendis cum magistro convenerit, nec divinare potuit aut debuit quid inter magistrum, primumque navis conductorem actum sit, Weitsen *tract. van Avaryen non longe a fine, vers. end uyt 't geene.*

14. Sola eximuntur contributionis necessitati esculenta & poculenta, consumendi causa navigio impo-

sita (quibus & ex usu addunt contra *l.* 2. §. 5. *ff. h. t.* vestes quotidianas quibus induti navigantes, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 18.), ex ratione, quod, si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret, *d. l.* 2. §. 2. *in fine ff. h. t.* non, quod omnia in casu necessitatis ipso jure ad primævam redirent communionem; sed potius, quod æquitas suadeat, cibaria talia in navim consumendi gratia illata, communicari illis, qui diutius forte sc præter expectationem jactati pelago, vel in steriles, incultas, & humano ignotas vestigio regiones per naufragium rejecti, iisdem carent, & absque tali communicatione eo forte adducerentur, ut decimum quemque sortiti, alimentum haberent fame sævius atque ita vel male perirent, vel pejus viverent; uti id de Cambysis exercitu commemorat Seneca *lib.* 3. *de ira cap.* 20. Sane, cum necessitas ex multiplicato humano genere induxerit dominiorum distinctionem, minus recte contenditur, necessitatem rursus abolituram esse illud *meum & tuum*, ac communionem reducturam; imo jure hic applicueris illud quod a Jacob Coren scriptum est circa statutariam bonorum communionem, nihil scilicet absurdius esse, quam quod eadem esset causa communionis admittendæ & excludendæ, *observ.* 30. *num.* 47. 48. Adde Ant. Matthæum *de crim. lib.* 47. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 7.

15. Ut tamen in contribuendo servetur æqualitas, æstimandæ res omnes oneri collationis; si modo per jactum salvatæ ad destinatum etiam locum salvæ delatæ sint; nam si post jactum, antequam perlatæ vel exoneratæ essent, casu perierint, dum servi aut animalia morbo in navi extincta, vina dolii vitio effusa, frustra fieret eorum æstimatio, quæ suis pereuntia dominis, ipso jure desinunt obnoxia esse contributionis necessitati, *l.* 2. §. *servorum* 5. *ff. h. t.* Et jactæ quidem, quanti emtæ sunt; salvæ vero, quanti venire possunt, *l.* 2. §. *porro* 4. *ff. h. t.* Quam æstimandi rationem, recte explicatam summa sese æquitate & æqualitate commendare puto; quippe qua efficitur, ut domini mercium jactarum etiam lucri, quod ex salvatis acquiritur, fiant participes, in compensationem ejus, quod ex suis, si salvæ fuissent, ipsi quoque potuissent lucrari; atque ita neque deterior, neque melior, sed plane par sit conditio eorum, quorum merces jactæ, quorumque servatæ sunt; ac generaliter lucrum & damnum æquale sentiant, qui æquale subierunt periculum amissionis. Merces mille aureis emtas navi vectas concipe; oborta tempestate, mediam earum partem quingentis emtam, jacturæ periisse; salvatas reliquas, quingentis itidem emtas, vendi nunc posse octingentis eo in loco, ad quem devectæ sunt: quadringentos utique mercium salvatarum domini tribuent jactarum dominis, seu mediam partem æstimationis mercium salvatarum, quia mercium navi vectarum pars media jactu periit. Finge ex adverso, minoris nunc valere mercium salvatarum pretia, quam quanti emtæ (uti sæpe incerta fert mercaturæ alea) adeoque rursus ex mercibus mille aureorum pretio comparatis, vectisque jactam fuisse partem dimidiam quingentis emtam; salvas, quingentis quidem etiam emtas, non nisi trecentis in destinato loco vendi posse; jactarum dominis sola centum & quinquaginta cedent, totidem remanebunt penes salvatarum dominos ex pretio præsente. Fit scilicet contributio proportione jactus, seu collata inter se jactarum, & salvatarum mercium quantitate: jacta mercium vectarum parte dimidia, dimidia pars pretii salvatarum in solatium illis præstabitur, qui suas jactu perdiderunt: si pars quinta jacta, quinta quoque pars pretii, quo salvæ vendi possunt, jactarum dominis contribuendum, & sic in ceteris; computo instituto secundum schema subjunctum. Posito lucro ex mercibus salvis.

Merces jactæ æstimatæ quanti emtæ	500
Salvæ itidem æstimatæ primitus quanti emtæ	500
Sed cum salvæ octingentis vendi possint, addendum est lucrum trecentorum	300
Quæ summæ conficiunt	1300
Quia vero in dimidia parte mercium jacta erat damnum quingentorum	500
Hinc eo subducto supersunt	800
Et quia mercium omnium pars dimidia jacta proponitur, necesse, ut dimidium ejus, quod est in pretio salvatarum, præstetur dominis projectarum, adeoque	400

Idemque est, si minoris nunc valeant salvæ, quam quanti emtæ, eo solo immutato, ut pro lucro sorti addito in specie superiore, nunc subducatur sorti tum damnum ex jactu, tum damnum ex salvatarum depretiatione, atque ita, quod superest, pro rata dividatur.

16. Ab hac Romani juris computatione, sic exposita, effectu inspecto parum differt ea, quæ moribus hodiernis recepta, ac edictis stabilita est, etsi in computandi modo diversitas sit: dum cautum edicto nautico Philippi anno 1563. æstimandas esse res jactas & salvas, quanti vendi possunt in loco, ad quem salvæ appulerunt, deducto naulo reliquisque impendiis & tributis salvatarum intuitu adhuc præstandis (eo quod pro jactis nec tributa nec impensæ ulterius præstandæ sunt, ac ne naulum quidem, si jactus contigerit, antequam medium iter absolutum sit. Weitsen *van Averyen post med. vers: ende in dese sake*); istique æstimationis quantitati superaddi oportere navis ipsius salvatæ pretium, vel totum naulum mercium vectarum, si forte plus sit in naulo debito, quam navis pretio; idque arbitrio eorum, quorum merces vectæ sunt, *tit. van Schibbreking art.* 6. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 815. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 14. 15. 16. Licet ipsi nautæ arbitrium illud tribuat, Weitsen *tract. van Avarye post med. versu, de gemeene Costuyme*, & Gallis nunc placeat, dimidiatam navigii æstimationem dimidiato naulo junctam, collationi subesse, *Ordonance de Louis XIV. de l'an* 1681. *touchant la Marine liv.* 3. *tit.* 8. *art.* 7.

17. Pecuniam jactam vel salvam quod attinet, licet omnia vulgo æstimet, & non vicissim æstimetur, l. *si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* & gravis aliquando disputatio fuerit, an pecuniæ numeratæ intuitu contributio ob jactum facienda esset, ut videri potest apud Weitsen *d. tract. fere in med. versu, que-*

ttie, of 't Gelt, tamen æstimationem ejus contributionis intuitu fieri oportere; non secundum valorem ejus externum seu impositum, sed secundum internam ipsius materiæ bonitatem, constitutum est, *Zee Rechten van Schipbrekinge art. 7. d. vol. 1. pag.* 815. Sed sciendum est, nullam in contributione rationem haberi pecuniæ aut aliarum mercium pretiosarum, jactis sarcinis aut cistis clam inclusarum, nisi mature, antequam jactus fieret & periculum immineret, magister ejus rei fuit admonitus: cum alioquin sarcinæ projectæ æstimandæ tantum veniant secundum id, quod ex forma exteriore videri possunt continere, aut in contractu cum magistro navis inito (*de cognoscemen en*) expressum est, *Zee-Rechten van Kon. Philippus d. tit. van Schipbrekinge art. 5. d. vol. 1. p.* 815. Weitsen *d. tract. van Avarye prope finem, versu, quaeritur in de meeste bitte.* Plane, si doceri possit, pretiosa illa magistro non indicata, sed vilioris formæ sarcinis clam involuta, salvata esse, eo nomine contributionem fieri æquitas suadet; ne alias melioris essent conditionis, qui mala, quam qui bona egerunt fide. Quod & nomine apud Gallos nunc ita sancitum, *Ordonnance de Louis XIV. de l'année* 1681. *touchant la Marine, livr. 3. tit. 8. art. 8. & 9.*

18. Jactus occasione quæri solitum, an, ædibus dirutis ob ortum incendium, ne latius illud serpat, vicinia domino ædium sic dejectarum teneatur damnum reparare? affirmantium quidem opinionem Britanniæ, consuetudine armata invenio, *art.* 600. ubi Argentræus; eamque, ut communem, & æquissimam, tuentur Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 22. num. 4. 5.* Sande *dec. Frisic. lib. 5. tit. 7. defin.* 3. Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l. 1. ff. h. t. lit. B.* Sed, uti lege destituitur, ita æquitate non sustinetur; cum non eadem incendii, quæ jactus, ratio sit. Contributionem fieri ob jactum ab omnibus, æquum erat, quia jactu non facto periculum imminebat æquale rebus omnibus navi vectis, tam salvis, quam jactis. At non ita exorto incendio æqualis ad omnem viciniam spectat damni metus, sed ad proximos maximus, minor ad remotiores. Ut proinde rectius dicatur, vel a nullo refici tale damnum oportere, si ad depositas ædes jam ignis pertigerit; vel, si necdum eo pervenerit incendium, ab eo solo, qui dejecit; ut dictum *tit. de lege Aquil. num.* 23. Tuldenus *ad tit. C. de lege Aquil. num.* 3. Ant. Matthæus *disp. ad leg. Rhodiam* (*quæ est miscell.* 10.) *thes.* 23. Wissenbach *ad Pand. h. t. n.* 6.

19. Quæ vero aliis legis Rhodiæ nauticæ capitibus cauta fuerint, disci potest ex jure navali Rhodiorum, quod Græce & Latine post Peckium & Vinnium de re nautica, & jure Græco-Romano recusum exstat.

TITULUS III.

De institoria actione.

SUMMARIA.

1. *Qui veniant appellatione institorum?*
2. *Quibus detur actio institoria? an & ei, qui cum substituto contraxit? Contra quos? & quo usque obligentur pupilli sine tutore præponentes, aut præponentis heredes existentes? Si plures præposuerint, quo modo teneantur jure civili, ac moribus? quo modo liberari possint tabernam derelinquendo?*
3. *Tendit ad id, quod institoris contractu continetur, modo ejus rei gratia, cui præpositus est, contraxerit. Quid si contraxerit post mortem præponentis, mortis non ignarus?*
4. *Obligat institor præponentem & contrahendo & delinquendo; quod exemplis monstratur libitinarii, pistoris, & pharmacopolæ, tradendo transfert dominia rerum, recte ei pretia rerum venditarum solvuntur, de pretio fidem habet, etsi prohibente domino, modo emtor in bona fide sit. An a se ipse emere possit rem præponentis?*
5. *Cessat, si mandatum palam revocatum sit; & quid si institor tabellam revocationis corruperit &c. quid si præponens ex contractu post revocatum mandatum inito locupletior factus sit?*
6. *An, & quando institor ipse conveniri possit ex suo contractu, secundum jus civile & hodiernum?*
7. *An præponens ex contractu institoris agere, rerum venditarum pretia exigere, res institori venditas & tradi sibi vindicare possit, si doceat suis nummis eas per institorem emtas esse?*
8. *Ad quid institor præponenti teneatur.*
9. *Ad quid præponens teneatur institori? an cogi possit, ut patiatur sibi ab institore rationes reddi? an compensatione servare expensas? An retentione mercium sibi commissarum sibi consulere, cum eas ipse præponens vendidisset ac tradi mandasset.*

1. Institor appellatus ex eo, quod negotio gerendo instet, *l. institor 3. ff. h. t.* est omnis ille, qui tabernæ vel alteri cuicunque negotiationi, adeoque ad emendum vendendumque, etiam sine loci vel tabernæ certæ designatione, præpositus est, sic ut & illos institores dici placuerit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam & distrahendam, vulgo circitores, *l. 3. l. 4. l. 5. pr. & §. sed etiam 4. l. institor est 18. ff. h. t.* quique receptioni pecuniæ, fructibus colligendis & distrahendis, pecuniis mutuo accipiendis & fœnerandis, ex mandato incumbunt, ut saltem utili actioni locus inde fiat, *l. si cum villico 16. l. pen. ff. h. t.* sive a domino, sive a procuratore domini præpositi sunt, *l. cuicunque 5. §. ult. l. 6. ff. h. t.* Nec interest, cujus sit conditionis qui præponitur, liber, an servus; masculus, an fœmina; pubes, an impubes; cum sit quod sibi imputet præponens, si quid per eos minus recte curatum sit, *l. sed & si 7. §. 1. 2. l. 8. ff. h. t.* & cum institore contrahentes non tam institoris, quam potius præponentis fidem secuti intelliguntur.

2. Ab hoc institore nomen accipit actio institoria, exercitoriæ in plerisque similis; quæ contra præponentem, sive masculum sive fœminam, datur ei, qui cum institore contraxit, *l. sed & si 7. §. 1. ff. h. t.* non item cum substituto ejus, eo quod nuspiam id de hac actione cavetur; & quod de promagistro per magistrum substituto, exercitorem obligante, jure singulari propter utilitatem navigantium constitutum invenitur, in *l. 1. §. magistrum 5. ff. de exercit. act.* ad consequentias producendum non est. Si pupilli præposuerint, si quidem auctore tutore, in solidum, sin sine auctoritate ejus, duntaxat in quantum locupletiores sunt facti tenentur. Plane si præ-

ponenti hæredes extiterint, æquissimum est, eos teneri ex facto institoris, quamdiu is præpositus manet; cum removendus fuisset a tutoribus, si nollent ejus operis uti, *l. verum si* 9. *l.* 10. *l.* 11. *pr. ff. h. t.* Minor præponens per integrum restitutionem, causæ cognitione interveniente juvatur, *d. l.* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* Si filiusfamilias aut servus præfecerit, domino vel patre sciente & permittente, patrem dominumve non in solidum, sed tributoria actione reddunt obligatum; in quo rursus ab exercitoria hæc diversa est, *l.* 1. *§. licet autem* 20. *ff. de exercit. act.* Si plures ejusdem institoris præponentes sint, singulos in solidum conveniri obtinuit, exemplo exercitorum, nisi is casus, in quo inter plures præponentes cessat societatis & communi dividundo judicium; tunc enim singulos pro parte tantum condemnari placuit, *l. habebat* 13. *§. ult. l.* 14. *ff. h. t.* Sed quemadmodum moribus hodiernis exercitores singulos tantum pro rata parte, & non in solidum ex magistri facto obstringi, dictum fuit *t. de exercit. act. num.* 5. ita quoque in pluribus ejusdem tabernæ vel negotiationis exercitoribus, ex institoris facto obligandis, idem jus est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 1. *num.* 39. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *numer.* 8. *in med.* Quin imo, uti exercitores hodie ex contractu vel facto magistri conventi liberari possunt derelinquendo seu cedendo jus suum, quod in navi habent, secundum tradita *d. t. de exercit. act.* ita & ab obligatione, ex institoris facto nata, liberari præponentes, cedendo quicquid institoris fidei commiserunt, usu receptum ait Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 10.

3. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur, quod institoris contractu comprehensum, si modo ejus rei gratia contractum fuerit, cui institor præpositus est, *l. cuicumque* 5. *§. non tamen* 11. *l. sed si pupillus* 11. *§. conditio* 3. *ff. h. t.* Proinde (ut eleganti sermone Ulpiani continuato utar) si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex empto actione. Item, si sorte ad emendum præposuero, tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, si ad emendum, & ille vendiderit: neque si ad vendendum, & ille emerit, debebo teneri. Sed &, si pecuniam quis crediderit institori, ad emendas merces præposito, locus est institoriæ. Idemque est, si ad pensionem pro taberna exsolvendam; si modo prohibitum non fuerit mutuari. Et si ei, quem ad vendendum emendumve oleum præposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere. Item si institor, cum oleum vendidisset, annulum arrhæ nomine acceperit, nec eum reddat, dominus institoria tenetur: nam ejus rei causa, in quam præpositus fuit, contractum est: nisi forte mandatum ei fuit præsenti pecunia emere. Quare, si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriæ locus erit. Quin & fidejussori, qui pro institore intervenit, pro recuperando eo quod solvit, institoria competit; quia fidejussio sequela ejus rei est, cui dominus institorem præfecit, *d. l. quicunque* 5. *§. proinde* 12. 13. 14. 15. 16. *ff. h. t.* Adde *l.* 1. & 3. *C. h. t.* Nec multum interest his in casibus, utrum vivo præponente, an eo jam mortuo, institor contraxerit, cum id hic negotiationis seu *promiscui usus* favore, præter naturam mandati, receptum sit, quod morte præponentis non evanescit ipso jure institoris officium, sed demum revocatione per heredem facta; sic ut ex contractibus ejus, ante revocationem mandati celebratis, utili saltem institoria heredes teneantur; licet mortem præponentis non ignoraverit institor, quique cum institore contraxit, *l. si quis mancipiis* 17. *§.* 2. 3. *ff. h. t.* junct. *l. sed si pupillus* 11. *pr. ff. h. t.* Et quamvis Ulpianus scripserit, æquum esse, *ignoranti* mortem præponentis institoriam dari, *l. cuicunque* 5. *§. pen. ff. h. t.* quod ita obtinebat ex jure communi, arg. *§. item si* 10. *instit. de mandato*, non tamen negat, jure singulari propter utilitatem promiscui usus, etiam scienti utilem saltem ex æquo & bono oportere concedi; ac proinde quod isti deest legi, aliunde supplendum ex *d. l.* 17. *§.* 3. *ff. h. t.* Quia vero hæc utilitas promiscui usus, seu commerciorum, non ita apparebat in eo, qui tantum calendario præpositus erat, etsi is etiam sub latius sumto institoris nomine comprehendi possit, *l. quicunque* 5. *§.* 2. 3. *ff. h. t.* visum magis fuit, in eo non jus singulare sed ordinariam mandati naturam servandam esse, ac solos mortis præponentis ignaros, non item scientes, debere juvari & excusari, *l. pen. ff. de rebus cred.*

4. Porro, ut institor contrahendo præponentem obligat, ita & delinquendo in officio cui præpositus est: nam si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præsenti, *ut per dies singulos ibi panem præstaret*, conturbaverit, id est, decoxerit, dubitari non oportere, quin, si permisit, ei ita dari summas, teneri debeat, a Labeone responsum est, *l. cuicunque* 5. *§. idem Labeo* 9. *ff. h. t.* Et si libitinarius id est mortuorum sepultor, servum pollinctorem habuerit, utilem, seu quasi institoriam actionem, in eum dari placuit, *d. l. cuicunque* 5. *§. quidem ait* 8. *ff. h. t.* quod extendendum ad pharmacopolas, si hi, quos suis præfecerunt officinis, venena pro medicamentis errore vendiderint. Facit eo *l.* 1. *C. ad leg. Jul. repetund. l. cum si exhibuissent* 3. *ff. de publicanis, l. si servus servum* 27. *§. si fornacarius* 9. *ff. ad leg. Aquil.* Andr. Gayl. *de pignoration. observ.* 5. *numer.* 4. Sed & aliis quam plurimis modis institor præponenti per factum suum nocet: ad vendendum enim constitutus tradendo rerum distractarum dominia in emtores transfert; pretia conventa recte accipit: sic ut emtor, qui ea bona fide præstitit, iterato solvere domino non compellatur, si institorem inidoneum fieri aut foro cedere contigerit, & ob id dominus servare ab eo rerum pretia non potuerit; nec etiam dominus convenire possit eos, ad quos rerum suarum pretia, institoris facto, pervenerunt, dum is forte suos proprios ex istis pecuniis dimisit creditores, bona fide easdem recipientes. Quin imo, si mores spectes, quibus vulgatum est, mobilia non habere sequelam, venditio per institorem facta tenebit, transibit rerum venditarum dominium, & numeratione pretii institori facta emtor liberabitur, etsi institor prohibente domino res distraxisset ementi bona fide; vel eas suo creditori, in bona fide constituto, dedisset in solutum, aut pignori obligasset; adeo ut hoc casu creditor institoris eas non nisi post luitionem, sed debiti solutionem, reddere omnino præponenti teneatur, *statut. Antverpiens. tit.* 58. *art.* 5. Neostadius

Curiæ supr. decis. 85. Anton. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *numer.* 9. *in fine*, & *Param. Belgar. Jurisc.* 7. *numer.* 7. *in med.* Sed &, si fidem de pretio habuerit rerum emtoribus, dominium transfert, licet ei mandatum fuerit, ut parata pecunia merces vendat: cum sit, quod in his omnibus sibi imputet præponens, quod tali commiserit rerum suarum curam & tractationem; regressus tantum habiturus adversus institorem, si is mala fide res aut rerum pretia interverterit, aut aliter in alienandis rebus mandati fines prætergressus sit, arg. *l.* 1. §. *unde quærit* 9. *ff. de exercit. act.* Etenim, an jure institor periculo præponentis de pretio fidem habere; an transigere; an merces, certo loco vendendas, alio mittere inspiciendas ac distrahendas; an ipse res sibi ad vendendum traditas emere possit; & quæ hujus sunt generis alia plura, partim ex forma mandati seu præpositionis, partim ex generalibus regulis in mandato recepit, definienda sunt, *l. sed si pupillus* 11. §. *conditio* 5. *ff. h. t.* Sane fidem de pretio per institorem haberi potuisse, nisi nominatim ei mandatum fuerit, ut parato pretio merces vendat, Romanis placuit, dummodo secundum mandati naturam diligens ac cautus fuerit in admittenda ac probanda emtoris fide, arg. *l. cuicunque* 5. §. *item si institor* 15. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 4. & *in confirmatione addita.* Neminem autem a se ipso emere potuisse, ne per interpositam quidem personam, adeoque nec institorem, nec tutorem, res domini præponentis vel pupilli vendentem, earundem posse emtorem existere, constat ex *l. si in emtione* 34. §. *ult. ff. de contr. emt. l. pupillus obligari* 5. §. *sed si per* 3. *ff. de auctorit. tut. l.* & *qui sub* 10. *C. de distract. pign.* nisi secundum usus hodiernos institor statim ab initio, quam primum merces sibi ad vendendum missas recepit, eas sibi emtas habere constituerit, præsente pretio, seu tanto, quanti tunc res valebant, illudque eodem tempore rationibus domini præponentis accepto tulerit, seu in ejus rationes bona fide transcripserit, sic ut præponentis non intersit, alium, quam institorem, mercium suarum habere emtorem, arg. *l. tutor rerum* 56. *ff. de admin.* & *peric. tut.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 7. & *in confirmatione addita in fine.*

5. Cessat tamen hæc actio institoria, si quis novaverit hanc ex facto institoris natam obligationem, vel ab institore, vel ab alio, novandi animo stipulando, *l. habebat* 13. §. *meminisse* 1. *ff. h. t.* uti &, si præponens palam, affixa ad tabernam tabella, prohibuerit cum institore contrahi. Sed si institor aut alius tabellam corruperit aut amoverit, vel ipsa tabella vetustate, pluvia, aut alia ex causa legi non potuerit, & ita cum ignorantibus institor adhuc contraxerit, præponentis damnum erit, isque obligabitur, *l. sed si pupillus* 11. §. *de quo palam* 2. 3. 4. *ff. h. t. l. quotiens in taberna* 47. *ff. de peculio.* Si tamen ex contractu, post revocatum mandatum per institorem celebrato, locupletior sit factus præponens, æquum non est, eum cum aliena lucrari jactura, ac proinde exceptio revocati mandati per creditorem doli replicatione elidi potest, *l. si quis mancipiis* 17. *Proculus* 4. *ff. h. t.* junct. *l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.*

6. Præter institoriam, in præponentem & heredes ejus dandam, etiam directa ex ipso contractu in institorem actio competit, si ille homo liber sit, arg. *l. item si filiusfam.* 7. §. *interdum* 11. *ff. de senatusc. Macedon. l.* 1. §. *est autem* 17. *ff. de exerc. act.* idque durante adhuc officio, non eo finito, nisi institor insuper se ut fidejussorem obligasset, *l. ult. ff. h. t.* Peckius *de jure sistendi cap.* 4. *num.* 12. 13. Rodenburch *de jure conjugum t.* 3 *cap.* 1. *nu.* 18. *pag.* 339 Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 191. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *numer.* 35. licet, officio deposito, hactenus adhuc obstrictus maneat, ne contra suum factum veniat; nec rem a se venditam traditamque vindicet, si forte suam, tamquam præponentis propriam, vendiderit ac tradiderit, *l. servum Titii* 49. *ff. mandati.* Sunt tamen, qui censent, secundum mores hodiernos, ei, qui cum institore contraxit, electionem non esse, utrum contra præponentem, an potius adversus institorem agere velit, sed tantum contra præponentem agendum esse: nisi quis cum institore, non qua tali, contraxerit, ignorans forte, eum institorem esse, quia tunc non alterius, quam ejus, quocum contraxit, videri potest fidem secutus; vel nisi præponens neget, hunc, cum quo contractum est, suum institorem esse; vel denique institor sese nominatim pro præponente obstrinxerit, Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 7. *defin.* 1. Jac. Coren *observat.* 28. *num.* 47. & *seqq.* Christinæus *vol.* 3. *dec.* 33. *numer.* 9. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Berlichius *par.* 1. *concl.* 73. *num.* 38. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 3. *num.* 6. 7. 10.

7. Licet autem jure Romano præponens agere non potuerit ex institoris contractu, institorio nomine cum aliis inito, nisi in subsidium, cum suum consequi nequit ab institore, *l.* 1. 2. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. §. *sed ex contrario* 18. *ff. de exercit. act.* tamen ex quo moribus invaluit, alteri per alterum non certis in casibus exceptis, uti quidem jure civili, sed passim obligationem quæri posse, vix amplius dubitari potest, quin ex contractu institoris, qua talis, valida præponenti actio danda sit. Ac proinde actione venditi recte præponens rerum suarum per institorem distractarum emtorem convenerit ad pretium, quod necdum institori persolutum est, sibi potius, quam institori solvendum; dum is forte foro cessit, aut incipit suspectus esse: si modo probet, se rem institori vendendam commisisse; quod ipsum juri quoque Romano conveniens est, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de act. emt.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *numer.* 56. Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 57. *art.* 28. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 3. & *consil.* 6. *circa med.* & *part.* 4. *cons.* 3. & *cons.* 6. *ibique subjuncta confirmationes.* Quemadmodum ex adverso etiam actione ex emto utiliter petere potest res suo mandato per institorem institorio nomine emtas, *d. l. Julianus* 13. §. 25. *ff. de act. emti*, quin & tales, institori jam traditas, vindicare, etiamsi forte institor foro cesserit; cum ipsum quoque jus Romanum probaverit, ministerio procuratoris posse nobis dominium acquiri, *l. si procurator* 13. *ff. de acquir. rer. domin. l. qui mihi* 13. *ff. de donation.* §. *pen. Instit. per quas person. cuique acquiritur*, Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 1. *nu.* 52. si modo doceat præponens; non mandato tantum suo, sed & suo pre-

tio res illas emtas esse; quod, deficientibus aliis, ex eo probari poterit, quod institor eas retulerit in præponentis rationes, licet in contrahendo non expressisset, se ex mandato ac institorio nomine comparare, Jacob. Coren *observ.* 25. Kinschot *Responso* 99. *nu.* 5. *in editione ann.* 1653. Francisc. Kinschot *responso* 13. *numer.* 5. Mantica *de tacit. & ambiguis convent. lib.* 7. *cap.* 18. Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 9. Roseboom *Costuymen van Amsterdam c.* 37. *art.* 29.

8. Ceterum inter præponentem ac præpositum mutuas quoque nasci obligationes, expeditum est. Nam & rationes specificas gestorum reddere præponenti, res pro eo emtas ac rerum pro eo venditarum pretia accepta restituere, quæsitasque actiones cedere, institor obstrictus est; &, si quando mandato non paruerit, in rebus emendis vendendisve, pretiis transmittendis, aliisque similibus expediendis, vel si alio modo per dolum aut culpam, etiam levissimam, præponenti nocuerit, ad id quod interest tenetur, secundum ordinariam mandati naturam, suo loco plenius exponendam.

9. Vice versa institor quoque præponentem constringere potest ad id, ut is patiatur, rationes sibi reddi, quo maturius institor ab officii sollicitudine liberetur, arg. *l. admone* 7. *C. qui per tutores l.* 1. *§. ult. ff. de contraria tut & utili act.* Munnos *de ratiociniis cap.* 4. *nu.* 24. Atque insuper mandati actione contraria indemnitatem consequi eorum intuitu, quæ institorio nomine erogavit, in præponentis utilitatem. Quamvis etiam per modum compensationis servare possit sibi eo nomine debita, retentis pro modo debiti rerum per se institorio nomine venditarum pretiis, adhuc penes se existentibus, atque adeo inde sibi ipsi solvere, arg. *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff de contrar. tut. & util. act. l. quotiens tutor* 9. *§. sicut autem* 5. *ff. de admin. & peric. tut.* Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 71. *numer.* 10. 11. Quin & jure retentionis sibi consulere, si forte merces quasdam, vendendas sibi a præponente datas, possideat, donec sibi debitum a præponente solutum sit; etiamsi forte præponens ipse easdem jam alteri vendidisset, ac institori mandasset, emtori tradi. Ut tamen incumbat institori, emtore ita desiderante, docere, tantum, quantum est in rebus, quas retinet, vel amplius, sibi a præponente deberi, Neostadius *Cur. Holland. decis* 45. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 74. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *cons.* 203. & 230. *in fin.* & *part.* 4. *consil.* 38. 39.

TITULUS IV.

De Tributoria Actione.

SUMMARIA.

1. *Quando locus sit actioni tributoriæ; & an ea agere possit, qui jam egit institoria?*
2. *Quorum scientia & patientia adesse debeat, ut tributoriæ actioni locus sit?*
3. *Quid veniat appellatione mercis peculiaris, & in quibus differt hæc actio ab actione de peculio, ac peculium a merce peculiari?*
4. *Quibus detur hæc actio, contra quos, & ad quid agatur? Non est hic potior domini aut patris quam ceterorum causa; nec eorum, qui prius egerunt: potiores tamen sunt, qui privilegium aut hypothecam habent, vel rem vendiderunt & tradiderunt non habita fide de pretio.*
5. *Quid juris si iniqua inter creditores distributio facta sit dolo, vel errore, & quibus modis dolus per distribuentem fiat?*
6. *Si servus separatas tabernas aut negotiationes habeat, ad singulas separatim creditores in tributum vocantur: cujus contrarium in nostratibus mercatoribus ob inere quidam volunt.*
7. *Contraria sententia adstruitur.*
8. *Ad objectiones respondetur.*

1. SI quis institoria egerit actione, sed cum non recte egisset, dum merx non dominica sed peculiaris erat, ideoque nihil obtinuisset, tributoria tamen, tamquam ex alia causa descendente, agere adhuc potest, *l. sed si pupillus* 11. *§. pen. ff. de instit. act. l. quod in herede* 9. *§. eligere* 1. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *rational. ad d. l.* 11. *§. pen.* & *ad d. l.* 9. *§.* 1. Huic enim locus est, quoties filiusfamilias aut servus in merce *peculiari*, non *dominica*, negotiatus est sciente & patiente patre vel domino; non item eo ignorante, cum actio de peculio tunc movenda foret; &, si jussisset, actio pinguior quod jussu, *l.* 1. *pr.* & *§.* 2. *ff. h. t. d. l.* 11. *§. pen. ff. de instit. act. l. item si* 7. *§. interdum* 11. *ff. de Senatusc. Maced.* Nec refert, cujus sexus vel ætatis sit filiusfamilias aut servus, *l.* 1. *§. pen. l.* 5. *§.* 2. *ff. h. t.* nec utrum per se, an per institorem in merce peculiari negotietur, ac cum eo contractum sit, *l. procuratoris* 5. *§. item parvi* 3. *ff. h. t.*

2. Scientiam quod attinet, quæ scilicet non plenam domini vel patris voluntatem, sed patientiam habet, sic ut velle non debeat dominus, sed non nolle, *l.* 1. *§. scientiam* 3. *ff. h. t.* si quidem servus pupilli vel furiosi sit, tutoris aut curatoris scientia ac patientia opus est, *l. sed si servus* 3. *§.* 1. 2. *l.* 4. *ff. h. t.* si servus vicarius, domini ipsius, non ordinarii servi, scientia spectatur, *l. procuratoris* 5. *§. si vicarius* 1. *ff. h. t.* si plurium dominorum communis, scientia & patientia singulorum exigitur; alioquin ignorantes de peculio, scientes soli tributoria tenentur; &, si forte ignorans dominus actione de peculio conveniatur, deducit non modo, quod sibi, sed & quod alteri domino scienti & patienti debitum est, cum ipse sciens ac patiens id possit deducere, quotiens non tributoria, sed de peculio actio, adversus eum movetur, *d. l. sed si servus* 3. *pr. ff. h. t.* In servo fructuario quandoque domini, quandoque fructuarii scientia requiritur, prout mercis peculiaris dominium proprietario vel fructuario quæsitum fuerit, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *ff. h. t.* Denique scientiæ domini ac patientiæ comparatur, si procurator ejus sciverit ac passus sit, *d. l. procuratoris* 5. *ff. h. t.*

3. Locum habet hæc actio in omnis generis negotiatione, si modo in merce peculiari, per filiumfamilias aut servum exerceatur: et licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones, vel sarcinatores, vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen ad omnes negotiationes hoc edictum prætoris porrectum fuit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 1. *§.* 1. Nec tantum ad id, quod in merce est, sed et si præter mercem servus negotiator instrumenta habeat in taberna, ejus exercendæ causa,

vel mancipia in negotiatione ex merce parata, *l. procuratoris* 5. §. *si praeter* 13. & 14. *ff. h. t.* vel si in peculio habeat pretium ex mercis peculiaris venditione redactum, illudve ei adhuc ab emtoribus debitum sit, *d. l.* 5. *ff. non autem* 11. & 12. *ff. h. t.* Distat interim merx peculiaris a peculio, non in eo tantum, quod peculium immobilia aeque ac mobilia complecti queat, merx peculiaris mobilia tantum, *l. mercis appellatio* 66. *ff. de verb. signif.* sed et, quod esse possit merx peculiaris, etsi nihil in peculio sit, dum illud non intelligitur, nisi deducto eo, quod patri domino ve debetur, *l.* 1. §. *peculiarem* 2. *ff. h. t.* atque insuper actio haec tributoria de merce peculiari perpetua sit, etiam post mortem aut manumissionem; cum ex adverso actio de peculio post extinctum morte vel manumissione peculium annalis tantum sit, *l. quia non* 8. *ff. h. t.* junct. *t. ff. quando de pecul. act. annal. est*, denique etiam tributoria pro merce peculiari emtor servi negotiantis non teneatur deficiente scientia et patientia ejus; qui tamen, ut possessor emti servi, actione de peculio conveniri potest, *l. de peculio* 10. *ff. h. t.*

4. Datur autem tributoria illis, qui crediderunt filiofamilias vel servo negotianti in merce peculiari, et eorum haeredibus, contra patrem vel dominum, etiam bonae fidei possessorem, ac fructuarium, quoties ad eos pertinet merx peculiaris; contra heredes non ultra, quam quatenus ex dolo defuncti ad eos pervenit; ut tamen proprio ex dolo in solidum teneantur, *l. illud quoque* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *pr.* & §. *ult. in fin. ff. h. t.* non contra emtorem servi, ut ante dictum. Ad id, ut pater vel dominus aequalem pro rata inter se, si quid ei debeatur, ac ceteros creditores faciat mercis peculiaris, aut pretii inde redacti, distributionem: neque enim hic pater vel dominus extraneis mercis peculiaris creditoribus potiores sunt, sed par eorum cum illis causa est, *l.* 1. *pr. l. procuratoris* 5. §. *in tributum* 6. *ff. h. t.* §. *introduxit* 3. *instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* sive ante sive post negotiationem in merce peculiari exercitam pater aut dominus filiorum aut servorum suorum creditores esse coeperint, quacunque ex causa, *l. procuratoris* 5. §. *sed est quaesitum* 7. *ff. h. t.* etsi enim peculium regulariter possint adimere, non tamen in necem aliorum creditorum, *l. non statim* 8. *in fine*, junct. *l. summa* 21. *ff. de peculio.* Neque etiam haec actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed aequalem conditionem omnium, quandocunque agentium, *l. non enim* 6. *ff. h. t.* adeo ut, si unus forte aut pauciores ex pluribus creditores desiderent, integram sibi portionem tribui, non aliter consecuturi sint, quam si cautionem offerant, pro rata se refusuros, si forte alii emerserint creditores, *l. procuratoris* 5. §. *ult. ff. h. t.* Quae tamen non excludunt jura praelationis, quibusdam creditoribus ex privilegio personali, vel etiam ex eo, quod mercem peculiarem pignori acceperint, quaesita; quo fit, ut ipso patre vel domino in merce peculiari potiores sint, *l. procuratoris* 5. §. *quid tamen* 8. & §. *plane* 17. *ff. h. t.* nec impediunt, quo minus illi, qui merces suas vendiderunt ac tradiderunt filiofamilias aut servo negotianti in merce peculiari, fide de pretio non habita, adeoque in creditum non iverunt, easdem ut suas vindicent, tributioni exemtas, *d. l.* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. h. t.*

5. Quod si inaequalis mercium, tributioni obnoxiarum, aut pretii inde redacti distributio facta sit; si quidem sine dolo distribuentis id acciderit, laesus non contra distribuentem, sed eos, qui plus justo consecuti sunt, regressum habet, vi scilicet cautionis per eos interpositae, cum petebant ac obtinebant mercis tributionem, *d. l.* 5 §. *ult. ff. h. t.* si vero concurrente tribuentis dolo, is de suo creditoribus, ita minus adeptis, hoc damnum reparare compellitur, *l. illud quoque* 7. §. *si cujus* 2. *l.* 8. *ff. h. t.* sic ut duo actionis tributoriae fines sint, alter, quo distributio petitur, alter quo id desideratur, ut ejus jam factae iniquitas & inaequalitas emendetur, §. *praeterea* 4. *inst. quod cum eo, qui in alien. potest.* Dolo autem minus tributum intelligitur, non modo, cum inaequalis divisio facta est, dum distribuens negabat sciens prudens, creditoribus deberi, *l. illud quoque* 7. §. *sed & si negaverit* 4. *ff. h. t.* sed & si minus consecuti sint creditores ob id, quod dominus vel pater, quive eorum loco arbiter a praetore datus est (cum pater vel dominus ipse invitus tributionis onus subire non compellatur, *d. l.* 7. *ff.* 1. *ff. h. t.*), ab emtoribus mercis peculiaris pretium non exegit; vel merces perire passus est; vel vilioris data opera distraxit; vel eandem avertit; quo casu & stellionatus crimen est, *d. l.* 7. *ff. sed & si mercem* 3. *ff. h. t. l.* §. 1. *vers. sed & si quis ff. stellionatus.*

6. Ceterum, si servus aut filiusfamilias separatas negotiationes exercuerint, veluti sagariam & lintheariam, vel etiam duas ejusdem negotiationis tabernas diversis in locis, & separatim creditores in hanc vel in illam crediderint tabernam aut negotiationem, visum fuit, eos non promiscue ad utramque mercem aut tabernam, sed separatim, oportere in tributum vocari; eo quod unusquisque eorum mer i magis, quam ipsi negotianti, censetur credidisse, *l. procuratoris* 5. §. *si plures* 15. & 16. *ff. h. t.* Quod, utrum etiam ad mercatores hodiernos, pluribus in locis tabernas separatas habentes, extendi debeat, ambiguum est. Sunt enim, quibus placet hodie non singulos cujusque tabernae creditores ad suam tabernam separatim, sed promiscue omnes ad omnium tabernarum merces, velut ad unum debitoris patrimonium, in tributum vocandos esse, Groenewegen ad *d. l.* 5. §. 15. 16. *ff. h. t.* Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *numer.* 23. Moti tum eo, quod, qui cum mercatoribus hodiernis, liberis hominibus contraxerunt, non rebus, sed personis eorum credidisse videntur, arg. *l. ult.* §. *ult. ff. de contrah. emt. ibique DD.* & aes alienum quod quisque contrahit, totum patrimonium debitoris minuit, non certi loci facultas respicit, *l. si fideicommissum* 50. *ff. tractatum* 1. *ff. de judiciis.* Tum etiam quia dispositio *d. l.* 5. *ff.* 15. 16. peculiari nititur ratione, quod nempe servi civiliter obligari non potuerint, indeque creditores merci magis, quam servo negotianti, credidisse visi sint; ac proinde jus hoc porrigi non debuit ad hodiernos mercatores, homines liberos, ex suis contractibus civiliter devinctos. Tum denique, quia pupillo, cujus patrimonium per varias provincias dispersum, ac administrationis intuitu plures inter tutores divisum est, compensari potest, quod tutor ejus rei Asiaticae debet Titio, cum eo, quod vicissim Titius, rei Siriacae tutori debet; quo ipso arguitur, per separatam rerum administrationem non adstringi cer-

tis quibusdam rebus æris alieni onus, nec conditionem ejus immutari, *l. inter tutores* 33. *ff. de administr. & peric. tut.*

7. Sed hæc omnia, penitius examinata, tanti non sunt, ut propterea in universum a jure Romano recedendum foret: quod ut manifestius appareat, duos distinctos casus existimo considerari posse, quorum unus est, quando mercator pluribus in locis tabernas plures per se exercuit; alter, quando per institores, etiam mandato ad æs alienum tabernæ intuitu contrahendum instructos. Si per institores, non dubitandum videtur, quin, uti jure Romano, ita longe magis hodiernis moribus, singuli creditores separatim ad suam tabernam, in quam, seu cujus institori, crediderunt, in tributum vocandi sint. Cum enim in exercitoria & institoria actione secundum jus hodiernum obtineat, eos, qui per magistrum aut institorem navim aut tabernam exercent, liberari posse cedendo creditoribus navim totam aut tabernam, quam magistri vel institoris fidei voluerunt committere, ne alioquin in infinitum obligarentur ex facto alieno, qui non nisi rerum certarum intuitu elegerunt ac probarunt præpositorum fidem; sic ut nec personalem ullam ultra habeant actionem adversus præponentem hi, qui cum præpositis contraxerunt; ut dixi *t. de exercit. act. n.* 5. & *t. de instit. act. num.* 2. consequens est, ut magis rei suæ tabernæ institoris fidei commissæ, quam præponenti aut institori, pauperi quandoque ac vili, credidisse intelligantur; neutiquam vero totum respexisse præponentis patrimonium, ad quod extra tabernam, pro debito per institorem contracto cessam, nullus ipsis aditus, nulla actio subsidiaria comparata est. Dum ex adverso, quod ex servi merce peculiari per tributoriam servari non poterat, actione tamen de peculio ex reliquo servi peculio, velut patrimonio servili, consequi potuit, qui mercis peculiaris intuitu iverat in creditum. Ut proinde hoc in casu major, quam jure Romano in tributoria actione, ratio militet pro creditoribus non promiscue, sed separatim ad singulas tabernas in tributum vocandis. Quod si ex adverso sine institoris interventu quis plures diversis in locis tabernas per se exercuerit, vel institorum opera tantum ad venditiones faciendas aliaque ministeria præstanda usus fuerit, de cetero ipse æs alienum diversarum tabernarum respectu contraxerit, merces comparaverit, nec institoribus hæc commiserit aut permiserit, non quidem eo casu eundum inficias, quin creditores extra tabernam, in quam crediderunt, ipsum exercentem devinctum habeat ad id, quod ita debet, ex reliquo patrimonio exsolvendum; quia in eo, nunc ex proprio contractu obligato, cessat ratio, cur liberaretur cedendo tabernam pro credito. Sed tamen & hic æquitati convenientius est, unumquemque ea taberna, in quam credidit, aliis alterius tabernæ creditoribus, nec non iis, qui simpliciter crediderunt, potiorem esse; ex ratione, a jurisconsulto tradita in *d. l.* 5. *§. sed si duas* 16. *ff. h. t. ne* scilicet *ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*; eoque dimisso, reliquis tabernarum aliarum creditoribus in id, quod superest, actionem dari; cum & hi præcipue quidem certæ tabernæ merces in credendo respexerint; sed nihilominus ipsi etiam tabernæ domino crediderint, ejusque totum patrimonium ac fidem secuti sint eo modo, quo & jure Romano illi, qui servo credebant in merce peculiari, primario quidem in tabernam credebant, eamque respiciebant, sed tamen etiam in subsidium totius peculii massam considerabant, ac ejus persequendæ gratia comparatam habebant de peculio actionem *§. ceterum* 5. *instit. quod cum eo qui in alien. potestate.* Ac pro hac separatione, vel saltem prælatione credentium in tabernam, stat statutum Antwerpiense *t.* 52. *art.* 4. Wamesius *centur.* 4. *consil.* 62. Straccha *de mercatura tract. de decoctorib. part. ult. n.* 20 *& seqq.* Mævius *ad jus Lubec. lib.* 3. *t.* 1. *art.* 10. *n.* 33. *& seqq.* & hesitanter Mantica *de tacit. & ambig. convent. libr.* 11. *t.* 23. *numer.* 33. Rodenburch *de jure conjugum part.* 1. *de statutor. diversit. t.* 2. *cap.* 5. *numer.* 16. *in med. pag.* 94. 95. Salgado de Samoza *Labyrinth. creditor. part.* 2. *cap.* 12. *n.* 73. *& seqq.*

8. Neque his contraria sunt adversæ sententiæ argumenta. Verum enim non est, dispositionem *d. l.* 5. *§.* 15. 16. *ff. h. t.* in servis solis locum habere, aut singulari niti a servorum statu desumta ratione, cum constet, tributoriam æque in filiosfamilias, ac servo, in merce peculiari negotiante locum habere; in omnibus scilicet, qui aliena in potestate & alieno juri subjecti sunt, *pr.* junct. *§.* 3. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate, l.* 1. *§. potestate,* 4. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§. potestatis ven. ff. de peculio, l.* 1. *§. in potestate* 21. *ff. de exercit. act.* Cui consequens est, si filiusfamilias itidem plures tabernas exercuerit, etiam tunc singulos creditores in tributum separatim ad singulas tabernas vocandos fuisse; dum id, quod se servis statutum invenitur in exercitoria, institoria, tributoria, aliisque similibus actionibus, etiam in filiisfamilias eodem modo servandum fuit, quoties non aliud nominatim cautum est *pr. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Sed & secundo, si ratio illa, quod *unusquisque merci magis, quam ipsi*, in merce negotianti, *credidit*, jungatur cum altera, itidem in d. duobus paragraphis *d. l.* 5. proposita, *ne ex alterius re, merceve, alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*; patebit satis, nisi fallor, utramque junctam in liberis hominibus æque, ac servis militare. Et quod attinet, *l.* 50. *§.* 1. *ff. de judiciis*, ea ipsa in fine *§.* 1. aperte docet, non esse perpetuum illud, quod in prioribus dictum fuerat, *non loci, sed universarum facultatum æs alienum esse; æs alienum patrimonium totum imminuere, non certi loci facultates*, sed subinde aliter evenire. Præterquam quod & iis in casibus quibus, tum jure Romano, tum hodierno usu, æs alienum imminuit totum patrimonium, nihil vetat, quo minus creditor in credendo rem unam magis, quam alteram, aut totum patrimonium respiciat, ad id; ut in ea re, cujus intuitu potissimum credidit, ceteris creditoribus potior sit: de quo dubitare nequit, quisquis considerat, magistros navium mercem transvehentes, & artifices operam rebus alienis impendentes, obligatum quidem habere rerum dominum, sed tamen rei suæ opera melioratæ vel transvectæ incumbere posse, & retentione sibi consulere, donec merces aut impensa soluta sit; ac creditoribus aliis futuros potiores. Denique a compensatione debiti & crediti pupillaris, nati ex contractibus diversorum tutorum, separatis regionibus res pupillares administrantium, nihil ad prælationis quæstionem præsentem inferri potest: cum

etiam privilegiatum debitum cum non privilegiato compensari, certum atque quotidianum sit.

TITULUS V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

SUMMARIA.

1. *Quo modo filiifamilias ex suis contractibus obligentur, & dissoluta potestate patria obligati maneant, cujus contrarium in servis est. Et quando in solidum conveniri possint sui juris facti, quando gaudeant competentiæ beneficio? Quid designetur per id, si ex* minima parte patri heredes sint?
2. *Quo modo debeat filiusfam. contraxisse, vel quasi, ut sui juris factus conveniri possit?*
3. *An in casibus, quibus filius habet competentiæ beneficium, deducat prius, quod debet his quibuscum contraxit jam sui juris effectus?*
4. *Cessat variis in casibus hoc competentiæ beneficium. An &, si conveniatur post multos annos ex quo sui juris factus est? et quid moribus obtineat?*

1. QUamvis in plerisque par filiorumfamilias servorumque contrahentium ratio fuerit; tamen illud inter alia interfuit, quod servi contrahendo solum dominum civiliter obligaverint, se ipsos vero naturaliter tantum, sic ut nec liberi facti conveniri potuerint ex conventionibus suis durante potestate dominica celebraris, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. et action.* at filiifamilias non patrem tantum peculio tenus suis ex contractibus devinctum reddere, sed & ipsi plerisque ex conventionibus civiliter & efficaciter obligari tanquam patresfamilias, & ob id cum iis quoque, tanquam cum patribusfamilias, agi potuerit, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de oblig. et action. l. denique* 3. §. *sed utrum* 4. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*, sic ut cum filiofamilias contrahens duos intelligatur habere debitores; filium in solidum, etiamsi pater filio peculium ademisset; patrem de peculio, *l. si quis cum filiofam.* 44. *l.* 45. *ff. de peculio*, licet in filios, quamdiu in sacris hærent paternis, ideoque nihil fere proprium habent, executio non dirigatur, nisi peculia talia jure posteriori possideant, in quibus pro patribusfamilias haberi solent. Plane sui juris effecti, ut omnia sibi acquirunt, ac bona habent, ita quoque sententiæ contra se latæ ex negotiis, cum iis durante patria potestate gestis, executionem pati debent; in solidum quandoque: quandoque non ultra quam facere possunt, competentiæ beneficio muniti. In solidum quidem, si patri ex testamento vel ab intestato, jure civili aut prætorio, directo aut ex causa fideicommissi universalis, vel etiam per inofficiosi querelam heredes exstiterint, cum id potissimum inspiciatur, an re ipsa patris patrimonium ad filios revolutum, & effectu heredes sint, *l. si filiusfamilias* 5. §. *si filio* 1. *ff. h. t.* Non ultra vero quam facere possunt quoties patri heredes cum effectu non sunt, sive pater etiamnum vivat, ut heredes ei esse necdum possint, dum emancipatione aut alio simili modo desierunt esse in vivi parentis potestate, *l. ait prætor* 2. *pr. et* §. 1. *ff. h. t.* sive patre defuncto a paterna abstinuerint hereditate, vel per exheredationem ab ea exclusi fuerint, *l. ait prætor* 5. *pr. ff. h. t. l. et exheredatum* 49. *ff. de re judicata l. denique* 3. §. *sed utrum* 4. *in med ff. de minor.* 25. *annis*, vel eam quidem adiverint, sed coacti, in fideicommissarii utilitatem, sine lucro & damno suo, *l. si filiusfam.* 5. §. *ult. ff. h. t.* Idemque secundum Scævolam & Ulpianum in libro vicesimo nono ad edictum, causa cognita statuendum est, si ex minima tantum parte patri suo heredes exstiterint, *l. ait prætor.* 2. §. *ult. l. pater* 7. *ff. h. t.* Quæ pars minima, quo modo accipienda sit, non æque expeditum est, quibusdam censentibus, legitimam denotatam videri quasi qua minorem pater jure suis nequeat filiis assignare; aliis rectius partem illam *minimam* comparare ad debiti contracti quantitatem accipientibus; si scilicet para illa, quam filius ex hereditate capit paterna, non æquet mensuram debiti, durante patria potestate contracti, Ant. Faber *rational. ad l.* 2. §. 1. *in fine et ad l.* 4. *pr. ff. h. t.* Quæ posterior sententia ex eo quoque abunde firmatur, quod Ulpianus in libro eodem vigesimo nono ad edictum scripsit, etiam tunc, cum ex *parte non modica* filius institutus est, ac a creditore in solidum conventus, judicem æstimare debere, ne forte in id, quod facere potest, debeat conveniri, *l. sed si* 4. *ff. h. t.* quo ipso satis innuitur, arbitrium quoque judicis hoc casu locum invenire, ut considerata ac collocata quantitate debiti & portionis istius hereditariæ non modicæ, adeoque causa cognita, æstimet atque constituat, an filius, ad istam partem non modicam vocatus, in solidum, an quatenus facere potest, executionem pati teneatur; prout pars illa non modica sufficere potuerit aut non sufficere oneri æris alieni, durante patria potestate nati.

2. Nihil autem refert, an filius adhuc vivo patre jam in solidum condemnatus sit, nec ne, *l. si filiusfam.* 5. *pr. ff. h. t.* Nec, utrum ex vero, an quasi ex contractu conveniatur, veluti, tutelæ administratione, *l. tutorem* 37. §. *ult. ff. de admin. & peric. tutor.* Nec denique, an sponte contraxerit, an patre jubente; si modo pro se ac suo nomine contractum inierit, *l. ait prætor* 2. *l. pater* 7. *ff. h. t.* nam si in re patris, aut ex patris contractu mutuum acceperit, & se paterna abstinuerit hereditate, nullo modo, ac ne in id quidem quod facere potest, a creditoribus conveniendus esset, *l. si ex contractu* 4. *C. h. t.*

3. Non tamen ex hoc competentiæ beneficio filius prius deducit id, quod aliis debet creditoribus, quibuscum jam sui juris factus contraxerat, & adversus quos etiam exercere nequit beneficii competentiæ exceptionem, licet ea sola possideat, quæ hoc sibi servavit beneficio, cum per eos conveniretur, quibus durante adhuc patria potestate cœperat ex conventione devinctus esse: etsi enim in donatore ita jus sit, ut ex donatione conventus deducat ante, quod aliis debet; tum deinde adversus donatarium sese tueatur competentiæ exceptione; in aliis tamen contra servatur; eo quod pinguius donatori succurrendum fuit, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, quam ei, qui verur debitum persolvere compellitur, *l. & exheredatum* 49. *l.* 50. *ff. de re judicata*, junct. *l. sunt qui* 16. *l. inter eos* 19. *ff. eod. t. l. si filiisfamilias* 53. *in fine, l.* 54. *ff. soluto matrimon. l. verum est* 63. §. *id quod* 3. *ff. pro socio.* Nec hic adversa

tur *l. sed an hic* 3. *in fine ff. h. t.* in qua traditum *si qui sit, qui posteaquam sui juris factus est, cum eo contraxerunt, horum rationem habendam esse.* Non enim eo id sensu accipiendum puto, quasi deducendum prius esset, quod ipsis est debitum: sed potius, quod postea qu m illi, qui cum eo adhuc filiofamilias contraxerunt, occupando sibi jam acquisivissent, quatenus filius conventus facere poterat, nihil minus actionem ad id, quod adhuc per beneficium competentiæ filio superest, habeant illi, qui cum eo sui juris facto contraxerint: quorum proinde recte dicitur *haberi ratio*, in quantum exceptione competentiæ excludi nequeunt, uti quidem priores, qui eum, in sacris paternis adhuc constitutum, inceperant habere obligatum, *l. tutorem* 37. *ff. ult. ff. de administrat. & peric. tu orum.* Tametsi enim in *d. l.* 3. *in pr.* quæstio de eo formata inveniatur, *an hic detrahi debeat, quod aliis debe.ur?* responsio tamen ad quæsitum directo subjuncta non fuit, affirmando aut negando; sed magis per distinctionem declaratum, quid juris creditores habeant, tum qui, cum is alienæ esset potestatis, cum eo contraxerunt, tum qui cum eo convenerunt, postquam erat sui juris factus. De prioribus asseritur, inter eos meliorem esse occupantis & sibi vigilantis conditionem, nisi si quis privilegiarius veniat; hujus enim *non sine ra ione prioris rationem habendam:* de posterioribus vero simpliciter dicitur *horum rationem habendam esse*, non ut prioribus poti res essent, aut ip is debita primum deducerentur ex patrimonio filii, jam sui juris effecti; sed magis, ut secundum ante dicta consequerentur sibi debita, excutiendo debitorem ad p.ram & saccum usque, nullo amplius competentiæ beneficio juvandum. Aliter Ant. Faber in *rationał. ad d. l.* 3. *ff. h. t.*

4. Ceterum hoc beneficium, ne ultra, quam facere possunt, excutiantur filii, heredibus eorum datum non est, *l. sed si* 4. *§. soli* 3. *ff. h. t.* Non locum habet, si filius conveniatur ex contractu, quem inivit postquam jam patria erat potestate liberatus, *d. l.* 37. *§. ult. ff. de admin. & peric. tutor.* aut cum se dolo malo patremfamilias per mendacium dixisset contractus tempore, *l. sed si* 4. *§. interdum* 1. *l. eum, qui* 6. *ff. h. t.* multoque minus si ex delicto, durante potestate patria perpetrato, conveniatur, *d. l.* 4. *§. quamquam* 2. *ff. h. t.* Nec denique post longum tempus, post multos annos, ex quo filius sui juris factus fuit, nisi causa cognita; quam puto esse sententiam Ulpiani, cum ait, *sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut si quidem in continenti cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest; sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? & mihi vide.ur rationem habendam esse: in hoc enim causæ cognitio versitur, l. sed si* 4. *§. sed an* 4. *ff. h. t.* Quamvis enim nonnullis ea videatur fuisse mens Jurisconsulti, filium in id, quod facere potest tum demum condemnari, cum intra breve tempus ex quo sui juris effectus est, condemnatur; sed nullam omnino adversus eum esse dandam actionem post longa tempora ex contractu inito cum adhuc in potestate esset: quasi in pœnam negligentis actoris, & ne filius perpetuo maneret obnoxius ex illis contractibus, ex quibus pari acquirens jure patriæ potestatis, nullum plerumque lucrum sentiebat, Gothofredus in *notis ad d. l.* 4. *§.* 4. Rectius tamen sentiunt, qui post tempus longius non actionem, sed competentiæ beneficium cessare arbitrantur; tum quia & morte filii beneficium cessat, manente in solidum actione contra filii heredes, *d. l.* 4. *§.* 3. *ff. h. t.* tum quia ratio indulgendi filio hoc competentiæ beneficium videtur fuisse, ut filio succurreretur novam familiam instituenti, cujus caput futurus esset, ad quod multa impendia desiderantur; sic ut & impensarum talium consideratione parentes tempore emancipationis in emancipatos liberalitatem quandam exemplo dotis & propter nuptias donationis conferre consueverit, *l. ut liberis* 17. *Cod. de collation.* ubi ergo jam diu familia recte ordinata ac instructa erat, ac filius jam diu sui juris multa sibi medio tempore acquirere potuerat, non amplius ea videbatur subesse necessitas subveniendi ei, qui non ita familiæ instruendæ necessitate premebatur. Adde Ant. Fabrum *ration. ad l.* 4. *§.* 4. Minor interim hodiernis moribus tituli hujus usus est, dum liberi, si adhuc in patria potestate constituti, seu annis viginti quinque minores, contraxerint, ex suo contractu in solidum conveniri possunt, licet a paterna abstineant hereditate, quia & sibi, non patri, acquirunt: nisi restitutionis implorent auxilium, probantes, ætatis lubrico se lapsos in contrahendo ac læsos esse; Groenewegen *ad l.* 2. *& 9. C. h. t.*

TITULUS VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

SUMMARIA.

1. *Quid Macedoniano cautum sit, quæ ejus occasio? quid sit* incertis nominibus credi, nomen bonum fieri?
2. *Quid hic veniat appellatione* pecuniæ? *solum mutuum filif. credi vetitum, an contractus ei permissi, nisi in fraudem senatusconsulti fiat? Qui continеantur appellatione filiorumfam.? & quo tempore debuerint tales esse?*
3. *Quibus opponi possit exceptio Macedoniani? an civitati, vel minori? Quis eam opponat? an & heredes ac fidejussores? an ei locus, si mutuum sit non usurarium? an & post sententiam?*
4. *Cessat senatusconsultum in peculii, quæ filio acquiruntur, & si jussu patris aut consensu tacito mutuum datum sit. An tacitus consensus, si chirographum paterno sigillo munitum sit? an, si non protinus a scientia actum filif. improbaverit, cum ille patre absente quasi ex mandato ejus mutuum accepisset?*
5. *Cessat, si institori nomine contraxerit, vel ei creditum in illos usus, in quos pater daturus esset. Quid si filiof. studiorum causa peregre degenti, vel ephoro ejus creditum? quid si in rem patris creditum & versum? Quid si creditum quidem, sed non versum; vel versum quidem, sed ab initio non creditum in rem patris; & quid moribus?*
6. *An locus senatusconsulto, si in fraudem patroni aut creditorum mutuum filiof. datum sit? quid si filiof. promissum, numeratum jam sui juris facto? Quid si pupillus aut minor dederit? quid si filiusf. mercator mutuum acceperit?*
7. *Quid si filiusf. publicanus fuerit? vel se patrem-*

familias dolo dixerit, vel omnium opinione pro patrefam. habitus sit, non vana simplicitate?

8. *Quid si pater, vel filiusfamilias jam sui juris factus mutuum reddiderit? quid si partem ejus sine protestatione, ne in residuum teneatur? quid si pignus dederit, in quo minus est, quam in mutuo dato?*

9. *Si filius nondum sui juris factus solverit, ipse non repetit. An, & quando pater solutum a filio repetere possit; & quid juris, si nummi soluti jam consumti sint?*

10. *An cesset, si filiusfamilias ei renunciaverit? Quid cum si jurejurando? Quid juris, si filiusfamilias passus sit se delegari? & ad id patri noceat?*

1. CUM malo more Macedo, fœnerator improbus, pecuniam incertis nominibus edendo, filiisfamiliae præstaret peccandi materiam, senatusconsulto Macedoniano cautum fuit, *ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo fænerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri*, *l.* 1. *ff. h. t.* Quamvis & ante hoc senatusconsultum jus illud jam magna ex parte penes Romano inductum fuisset, Tacito, aliisque, id testantibus, dum melius esse crediderunt, juveniles coarctare calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium, *l. ult. §. ipsum autem* 5. *circa finem C. de bonis quæ liberis*, Confer Rykium *ad Tacit. annal. lib.* 11. *cap.* 13. Incertis nominibus credi dicebatur, cum filiofamilias dabatur mutuum, quia incertum erat, an filius ante patrem moriturus esset, an ei superfuturus; ac, si prior fato fungeretur, nihil recuperare fœnerator poterat, sin supervixisset, efficax in eum jam patrem familias, jam patris heredem, aut saltem bona valentem, actio dabatur. Quod tamen ipsum, ut nempe post parentis obitum conveniretur, cum Senatui displicuisset, tanquam peccandi materiam & parentibus insidiandi occasionem præbens; constituit, nullius filiifamilas nomen expectata patris morte posse bonum fieri; seu, non magis mortuo, quam vivo patre, efficacem fœneratori actionem competere ex mutuo, quod filiofamilias malo more numeratum esset, *d. l.* 1. *ff. h. t.*

2. Pecuniæ autem appellatione licet in sensu latiore res omnes contineantur, *l. rei appellatio* 5. *l. tantum quisque* 88. *l. cum stipulantur* 97. *l. pecuniæ verbum* 178. *l. pecuniæ nomine* 222. *ff. de verb. signif.* hic tamen proprie *numerata* tantum venit, quia pecuniæ numeratæ datio perniciosa parentibus eorum visa fuit; nisi res alias in fraudem senatusconsulti datas appareat, *l. si quis patrefam.* 3. *§. is autem* 3. *l. item si filiusf.* 7. *§. mutui* 3. *ff. h. t.* Sed & senatusconsultum is solus offendit, qui mutuum dedit; non item qui alias cum filiofamilias contraxit, puta, vendidit, locavit, stipulatus ab eo est mutuum, quod alius debet, novandi animo, vel tum pro alio mutuum accipiente fidejussorem accepit aut expromissorem, aliisve modis sine mutuæ pecuniæ numeratione ei in creditum abiit, *d. l.* 3. *§.* 3. *d. l.* 7. *pr. l. si quod alii* 13. *ff. h. t.* sive simpliciter in aliarum conventionum terminis creditum substiterit, sive in mutui speciem obligatio prior transfusa sit, dum forte filiusfamilias ex emtione pretium debens, hoc egit cum venditore, ut pecuniam ita debitam tanquam mutuam retineat; cum origo potius & initium obligationis, quam titulus actionis, considerandus sit, *l. si filiusfam.* 3. *C. h. t.* arg. *l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vend.* nisi & hic fraus senatusconsulto excogitata fuerit, ut is, qui credere non potuit, magis ei venderet, & ille rei pretium haberet in mutui vicem; vel si colore quæsito, filiusfamilias, qui mutuum accepturus erat, alio reo dato, fidejusserit pro eo, *d. l.* 3. *§.* 3. *d. l.* 7. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* Nec dubitandum videtur, quin & ad œnopolas, cerevisiarios, coquos, cupedinarios, sartores, ornamentorum venditores, similesque alios senatusconsultum extendendum sit, quoties illi non ignari conditionis eorum, quibuscum contrahebant, ultra modum ad luxum crediderant etiam filiofamilias studiorum causa absenti, *l. item si filiusf.* 7. *§. quod dicitur* 13. *ff. h. t.* junct. *d. l.* 3. *§.* 3. *d. l.* 7. *§.* 3. *l. sed si paterfamilias* 9. *§. hoc senatusconsultum* 2. *verb. ornamenta ff. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 27. *in med.* Nomine vero filiifamilias hic omnes continentur, qui in patria potestate sunt, sive primi sive ulterioris gradus, sive masculi sive fœminæ, *l. sed si paterfamilias* 9. *§. hoc senatusconsultum* 2. *l. filium habeo* 14. *ff. h. t. §. pen. instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Ac sufficit, quod tempore mutui numerati quis in potestate fuerit, *d. l.* 3. *§. ult.* & *l. seqq. ff. h. t.* adeo ut senatusconsulto etiam locus sit, etsi is, qui per adrogationem alieni juris factus mutuum acceperat, postea contra adrogationem restituatur, *l.* 1. *§. certe* 2. *ff. h. t.* vel in alterius patria potestate nunc sit, cum agitur, quam erat tempore mutui dati, *l. item si filiusfamilias* 7. *§. si filius* 4. *ff. h. t.* uti &, si pendeat, utrum in potestate filius sit, nec ne, dum patrem apud hostes captum habet, ac deinceps pater postliminii jure revertitur; secus, si illic moriatur, *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Parumque olim interfuit, cujus dignitatis esset filiusfamilias; cum & in consule ac prætore hoc jus probatum fuerit, *d. l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* Sed quia jure novo dignitates majores patriam solvunt potestatem, consequens est, nec ultra in iis, qui honoribus talibus conspicui sunt, senatusconsulto locum esse; non magis, quam in illis, qui secundum mores hodiernos per nuptias sui juris effecti sunt; licet in ea patriæ potestatis dissolutione, quæ per dignitatem contingit, illud singulare fuerit, quod patria potestas tantum tolleretur, quatenus liberis damnosa erat, non item commodorum ratione, *novel.* 81. *cap.* 2. cum non in favorem filiorum familias, sed in odium fœneratorum, ac patris utilitatem, ne vitæ insidias pateretur, jus hoc senatui placuisse constet, *§. pen. instit. quod cum eo qui in alien. potest. l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* commodumque magis sit liberis, liberam, quam senatusconsulto restrictam habere contrahendi facultatem; Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *t.* 2. *defin.* 2. Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 9. *t.* 9. *art.* 14. *n.* 7. 8. Ant. Matthæus *de obblig. disp.* 9. *n.* 3. Groenewegen *ad l.* 1. *§.* 3. *ff. h. t.* & *ad rubr. C. h. t.*

3. Quod si mutuum contra senatusconsulti prohibitionem numeratum sit, creditori certi condictione agenti, & successoribus ejus, opponitur exceptio Ma-

cedoniani, *l. item si filiusf.* 7. §. *non solum* 6. *ff. h. t.* sive privatus sit, qui credidit, sive civitas; cum & civitates privatorum jure regantur, *l. nihil interest* 15. *ff. h. t.* junct. *l. eum, qui vectigal* 16. *ff. de verb. signif.* nam &, si minor crediderit, hac quoque exceptione repelli posset. Quamvis verum sit, quandoque, causa cognita, minori credenti restitutionem indulgeri, atque ita majorem ætatis, quam senatusconsulti hujus, rationem esse, *l. si quis patremfamilias* 5. §. *proinde* 2. *ff. h. t. l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, nec absurdum fuerit, minorum exemplo ipsas quoque civitates causa cognita per restitutionem hic extra ordinem juvari, arg. *l. rempublicam.* 3. *C. de jure reipublicæ*, *l. respublica* 4. *C. ex quib. causis majores*, arg. *l. illud sciendum* 9. *ff. de appellat.* Adde *t. de minor.* 25. *annis*. Opponit autem hanc exceptionem non modo ipse filiusfamilias, sive durante sive dissoluta potestate patria conveniatur; sed & pater ejus, §. *pen. instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* & utriusque heredes, *l. item si filiusfam.* 7. §. *quamquam* 10. *ff. h. t.* ac filiifamilias fidejussores & mandatores, sive vivo sive mortuo filiofamilias fidejussio facta sit; nisi donandi animo intercessissent, aut ex patris voluntate, *l. sed si paterfamilias* 9. §. *non solum* 3. *l. creditorem* 18. *ff. h. t. l. exceptiones* 7. §. 1. *de exception.* Neque interest, utrum filiofamilias sub usuris mutua data fuerit pecunia, an sine usuris; cum ipsa pecuniæ datio perniciosa parentibus eorum visa fuerit, &, repræsentatis ex ipso mutuo dato futuri temporis usuris, fraus facile senatusconsulto fieri posset, quasi sine usuris creditum esset, *l. item si filiusfam.* 7. §. *sive autem* 9. *ff. h. t.* junct. *l.* 3. §. 3. *ff. h. t.* nec, utrum conventus ex mutuo jam condemnatus sit, an etiamnum lis pendeat; nam & post sententiam ad impediendam executionem ejus hac exceptione uti licet, *l. tamen* 11. *ff. h. t.* quod tamen secundum praxin non licere, nisi fuerit appellatum, monet Groenewegen *ad d. l.* 11. *ff. h. t.*

4. Cessat multis in casibus hæc exceptio; puta in castrensi peculio, *l.* 1. *in fine*, & *l.* 2. *ff. h. t.* ac jure novo etiam in quasi castrensi & pleno adventitio, arg. *novell.* 117. *cap.* 1. §. 1. *l. ult. pr. C. de bon. quæ liberis.* Si jussu vel consensu vel ratihabitione patris mutuum ei datum sit, *l. Zenodorus* 2. *l. si permittente* 4. *l. ult. C. h. t. si tantum* 12. *ff. h. t.* vel nepoti ex jussu avi, non item patris intermedii simul cum nepote in potestate retenti, *l. filium* 14. *ff. h. t.* ut tamen ex eo solo jussus aut ratihabitio patris non probetur, quod forte filiif. chirographum paterno sigillo signatum sit; eo quod vel imprudens pater potuisset alia ex causa circumventus signasse, vel eo inscio alius, sigilli nactus possessionem, id dolo malo impressisse, arg. *l. distrahente* 2. *C. de reb. alien. non alienand.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 9. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 20. *defin.* 5. Perezius *ad C. h. t. n.* 10. Bockleman. *ad Pand. h. t. n.* 5. *ante med.* Secus, si chirographo sui filiifamilias pater subscripsisset, *l.* 1. §. *sed & si servi* 4. *ff. quod jussu*, arg. *l. fidejussor.* 26. §. *pater* 1. *ff. de pign. & hypoth.* Vel si cum filiusfamilias, absente patre, cautionem conscripsisset, *quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit*, & ad patrem literas emisisset, *ut eam pecuniam in provincia solveret*, pater non statim actum sui filii improbaverit, sed siluerit; eo quod lex patri necessitatem imposuit, ut continuò contrariæ voluntatis interponat testationem, si nolit actum sui filiifamilias ratum habere, *l. si filiusfamil.* 16. *ff. h. t.* ibique Gothofredus *in notis*, arg. *Clementin.* 1. *de procuratoribus*, Brunnemanus *ad Pand. ad d. l.* adde Menochium *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 65.

5. Cessat insuper senatusconsultum, si institorio nomine filiusfamilias mutuum sumserit, sive patre sive extraneo præponente, in quantum institoria actio in extraneum illum, vel patrem præponentem, sine senatusconsulti exceptione datur, *l. item si filiusf.* §. *interdum* 11. *ff. h. t.* Si in eos usus ei creditum, in quos ipse pater fuisset tantundem daturus, veluti filiof. studiorum causa ex voluntate patris, aut legationis gratia absenti, *d. l.* 7. §. *quod dicitur* 13. *ff. h. t. l. Macedoniani* 5. *C. h. t.* licet tunc forte filius pecuniam illam perdidisset, *l. in pupillo* 47. §. 1. *ff. de solution.* Idemque juris esse puto, si non ipsi filiof. studiorum causa peregrinanti, sed ephoro ejus a patre constituto creditum sit. Vide Ant. Matthæum *de oblig. disp.* 9. *thes.* 11. & 12. Adhæc, si in rem patris ab initio acceptum simulque etiam versum sit; veluti, si filiusf. mutuum sumserit, ut filiam suam, vel sororem suam, quæ patris communis filia est, dotaret, vel ut æs alienum, cujus nomine pater quoque tenebatur, exsolveret, & dotaverit solveritve; cum eo casu de in rem verso actio sit, *l. item si filiusfamilias* 7. §. *sed & si filiusf.* 2. *l. filiusfamilias* 17. *ff. h. t.* Nam si acceptum quidem in rem patris, in alios tamen usus, patri non utiles, conversum sit, exceptioni locus esset, cessante tunc de in rem verso actione, *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. de in rem verso*, *d. l.* 7. §. *proinde* 12. *in fine ff. h. t.* Uti e contrario exceptio quoque danda foret, si non in rem patris, sed suam, ab initio mutuum sumserit, etiamsi postea in patris vertisset utilitatem; cum etiam ei locus sit, si ipsi nummi mutuo dati etiamnum extent in peculio, idque secundum senatusconsulti severitatem, *l. sed si paterf.* 9. §. *hoc senatusconsultum* 2. *ff. h. t.* licet alioquin verum sit, actionem de in rem verso etiam tunc locum habere, cum ab initio non in rem domini, sed in peculium, quid acceptum versumque, mox in rem patris conversum est, *l. quod si servus* 3. §. *in rem* 1. *in fine*, *l. si res domino* 5. §. *ult. ff. de in rem verso.* Plane, si ab initio filiusfamilias simpliciter mutuum acceperit, nec expresserit, utrum in suos an in patris usus, deinde autem in rem patris verterit, statim ab initio in rem patris juris interpretatione accepisse intelligitur, ideoque senatusconsultum cessare æquum fuit, *d. l.* 7. §. *proinde* 12. *ff. h. t.* Sed, cum iniquum sit, patrem, in cujus rem versa est pecunia, contra senatusconsultum mutuata, locupletiorem fieri cum jactura creditoris, qui secundum mores hodiernos non eodem, quo apud Romanos, odio dignus est, dum exulat apud nos præsumptio voti captandæ mortis & insidiarum; atque insuper hoc jus, quo retinentur nummi contra senatusconsultum crediti, etiamnum extantes aut utiliter erogati, pertineat ad pœnas legales aliquem jure suo privantes, quæ ab usu recesserunt; praxi magis receptum fuit, senatusconsulto locum esse non oportere, quoties vel extat pecunia credita, vel in patris aut filiifamilias utilitatem versa est, Groenewegen

ad rubr. C. h. t. n. 6. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr. 4. cap.* 3. *n.* 12.

6. Non etiam admittenda hæc exceptio, si libertus in fraudem patroni filiofamilias majorenni pecuniam crediderit, vel etiam minorenni, quoties ei ætatis auxilio subventum non est; quia libertus donasse magis hoc casu in fraudem patroni intelligendus est, quam contra senatusconsultum credidisse, *l. si libertus* 6. *l.* 7. *l.* 8. *ff. si quid in fraudem patroni*. Quod forsan & ad alios in fraudem creditorum mutuum filiofamilias dantes porrigendum est; cum nec pupillari tunc ætati parcatur, & tamen major ætatis quam senatusconsulti ratio sit, arg. *l. quod autem* 6. *§. si quid cum* 10. *ff. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit.* junct. *l. verum* 11. *§. ult. ff. de minor.* 25. *annis*. Nec minus reprobata senatusconsulti definitio est, si mutuum filiofamilias promissum quidem sit, ipseque spe futuræ numerationis ad restitutionem se devinxerit creditori futuro stipulanti, sed ei demum patrifamilias numeratum fuerit; quia expletur numeratione substantia obligationis, *l. si quis patremf.* 3. *§. ult. l.* 4. 5. 6. *ff. h. t.* Ut &, si pupillus mutuum dederit, aut minor, impetrata saltem post causæ cognitionem restitutione, si tutoris aut curatoris auctoritate numeraverint; nam si horum deesset consensus, cum minor curatore non careret, ipso jure datio nulla foret, nummique extantes possent vindicari, consumti condici, vel de his malæ fide consumtis ad exhibendum agi, *l. si quis patremf.* 3. *§. proinde* 2. *ff. h. t. l. verum* 11. *§. ult. ff. de minor.* 25. *annis*, arg. *§. ult. instit. quib. alien. licet vel non* junct. *l. si curatorem* 3. *C. de in integ. restit. minor.* Quo modo etiam vindicatio nummorum patri superesset, si filiusfamilias eos dedisset mutuos, etsi liberam habuisset peculii administrationem, *d. l.* 3. *proinde* 2. *in med. ff. h. t.* Sane si filiusfamilias mercator acceperit mutuum, mercaturæ favore senatusconsultum cessare placuit, salva tamen mercatori minori in integrum restitutione, si se lubrico ætatis captum doceat, Groenewegen ad *l.* 3. *§.* 1. *ff. h. t.* Perezius *ad t. C. si minor se major. dixerit n. ult. in fine*.

7. Adhæc senatusconsulto locus non est, si filiusfamilias publicanus fuerit, *d. l.* 3. *§.* 1. *ff. h. t.* vel patremfamilias dolo malo dixerit, & ignoranti persuaserit, si modo creditor suam probabili ratione ignorantiam edoceat, *l.* 1. *C. h. t.* arg. *tot. tit. Cod. si minor se majorem dixerit*, Menoch. *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 88. *num.* 2. vel omnium opinione, non vana simplicitate aut juris ignorantia, pro patrefamilias fuerit habitus, dum sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, ut publice paterfamilias plerisque videretur, *d. l.* 3. *pr. ff. h. t. l. Zenodorus* 2. *Cod. h. t.* Unde, si duo simul mutuum filiofamilias credidissent, quorum alter illum ejus esse conditionis sciebat, ignorabat alter, verius dicendum est, utrique nocere; cum ignorans inquirendo scire potuisset atque debuisset ex altero credendi reo, conditionem ejus, quocum contrahebat, *l. item si filiusf.* 7. *§. proinde & si* 7. *ff. h. t.* junct. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, & senatusconsulti exceptio ei demum non obstet, qui scire non potuit, filiumfamilias esse eum, cui credebat, *l. pen. ff. h. t.* Confer Menochium *d. lib.* 3. *præsumt.* 88. *n.* 15. *& seqq.*

8. Denique, si pater, vel ipse filius jam sui juris factus, aut fidejussores ejus, mutuum creditori restituerint, nulla soluti per indebiti condictionem repetitio est; eo quod hæc Macedoniani exceptio illis adnumerata fuit, quæ in odium ejus, cui debetur, inductæ ipsum non perimunt vinculum naturalis obligationis, inhibentis plerumque soluti condictionem, nisi forte a curatore per ignorantiam solutum sit, *l. item si filiusf.* 7. *§. pen. & ult. l.* 8. *l.* 9. *§. pen. & ult. l.* 10. *ff. h. t. l. si pœnæ* 19. *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* Quæ eo vera sunt, ut, si pater, vel ipse filius sui juris factus, partem debiti solverit, in dubio totum intelligatur debitum ratum habuisse, ac in reliquum conventus, non ultra se possit hoc Macedoniani auxilio tueri. Et hoc voluit Ulpianus, cum scripsit, *si pater solvere cœperit*, item *si paterfamilias factus solverit partem debiti; cessare senatusconsultum, nec solutum repeti posse*. Cessat scilicet senatusconsultum, quantum ad partem adhuc exsolvendam; cessat repetitio quantum ad eam, quæ soluta jam est, *d. l.* 7. *§. pen. & ult. ff. h. t.* arg. *l. cum fidem* 4. *C. de non numerata pecun.* Costallius *ad l.* 7. *§. si filiusfam. ff. h. t.* Dissent. Bachovius *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 20. *thes.* 8. *lit. a & b* nisi protestatus nominatim fuerit, cum partem solvebat, non ultra eam, quam præstabat portionem, probari a se mutuum ratumque haberi; cum pecuniam partim bene, partim male ac contra senatusconsultum creditam animadvertens, prohibendus non videatur bonam fidem agnoscere, atque ita partem solvere, de parte altera litigatum ire, arg. *l. ult. in fine principii ff. de exercit. act. l. quidam existimaverunt* 21. *ff. de rebus cred. l. permittendum* 8. *ff. si pars hered. pet.* Potestque protestatio hujuscemodi tacita etiam videri subesse, cum pater, vel ipse filius sui juris effectus, in mutui securitatem rem pignori dedit, debito integro exsolvendo haud sufficientem; quo casu obtinuit, senatusconsulti exceptionem non ultra denegandam esse, quam usque ad pignoris quantitatem, *l. sed si paterfam.* 9. *pr. ff. h. t.* Et sane, cum pignus solummodo accessio quædam sit, absurdum foret, ultra pretium ejus minus efficacem firmari obligationem principalem. Quod enim Zoesio placuit *h. t. num.* 23. hanc suggerere diversitatis rationem inter pignus minoris valens pro mutuo obligatum, & partis solutionem, quod solutio spontanea magis sit, pignoris vero datio coacta; probandum haudquaquam est, nec facit penitus ad rem præsentem: quia, ubi debitum tale subest, quod efficacem non habet exactionem, quale & hoc nostrum est; non minus spontaneam constat pignoris dationem quam debiti solutionem esse; dum ad neutrum compelli potest, qui ita debet.

9. Quod si filius solverit adhuc in sacris paternis constitutus, ipse quidem nummos solutos haud repetit, sive vivo patre ac durante patria potestate, sive eo jam mortuo, etsi ipse patri heres sit, *l. si non sortem* 26. *§. filius familias* 9. *ff. de condict. indeb.* sed tamen pater ejus illos extantes, licet filiofamilias donatos, vindicare potest, quia jure patriæ potestatis eorundem dominus est; consumtos condicit; nisi ea lege filiofamilias donati essent; ut is inde creditori solveret; quia tunc a donatore ad creditorem protinus pecunia videtur profecta, *l. sed si pa-*

testam. 9. §. 1. *ff. h. t.* vel nisi nummi, a filiofamilias restituti, bona fide per creditorem consumti sint; de qua consumtione bona fide facta intelligi oportet Ulpiani verba in *l. si filiusf.* 14. *ff. de rebus credit.* uti ex adverso de consumtis mala fide, quæ idem Ulpianus habet in *d. l.* 9. §. 1. *in fine ff. h. t.* Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. n.* 4. nisi forte magis placeat, de consumtis dissensum fuisse veteres inter Jurisconsultos; Julianum omni casu consumtorum dedisse repetitionem, Marcellum denegasse; utriusque sententiam Ulpiani scriptis fuisse comprehensam, eam quidem, quæ Marcelli est, in *d. l.* 14. *ff. de reb. cred.* Juliani vero in *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* sed neutram ab Ulpiano, nihil in alterutro textu definiente, probatam fuisse aut improbatam.

10. Non tamen cessat hæc exceptio, si filiusfamilias ei renunciaverit: cùm enim non in favorem ejus, sed in odium fœneratorum & patris utilitatem introducta sit, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* §. *pen. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* frustra filiusfamilias renunciaret juri non suo; sed publico paternoque; ut proinde nec jusjurandum talem firmare queat renunciationem; quippe quod sequitur naturam actus, cui apponitur, arg. *l. non dubium* 5. *C. de legibus.* Adde *tit. de jurejurando num.* 4. Confer Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 27. 28. Fachineum *controv. lib.* 2. *cap.* 62. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 62. Gregorium Tholosan. *synt. jur. civil. lib.* 28. *cap.* 13. *num.* 18. Besoldum *delib. juris ad Pand. h. t. num.* 4. Ant. Matthæum *de oblig. disput.* 9. *thes.* 17. Si tamen per creditorem suum, cui poterat exceptionem opponere, alteri se delegari passus sit, ipse quidem exceptione destitutus erit adversus eum, cui delegatus est; æque, ac cariturus esset indebiti condictione, si naturalem fecisset istius debiti solutionem, *l. doli exceptio* 19. *ff. de novation.* sed non ideo patri nocitura est delegatio, quominus ipse, ex mutuo filiifamilias sui conventus, hac sese senatusconsulti exceptione tueatur; uti solutorum habuisset condictionem aut vindicationem, si filiusf. ipsius solvisset potius, quam per delegationem se devinxisset, arg. *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* præsertim, si consideremus, assimilatam solutioni in hoc ipso senatusconsulto fuisse novationem; cujus delegatio species est, *l. Zenodorus* 2. *C. h. t.* aut, si qua in parte diversitas sit, illam in eo consistere, quod novatio subinde minus quam solutio inhibeat ac subvertat Macedoniani potestatem; in quantum soluti per filium jam sui juris factum condictio nulla est, etsi facti errore lapsus solverit, ut ante dictum, contra vero, per facti ignorantiam novatione per eum, jam patremfamilias effectum, interposita, si ex stipulatione conveniri cœperit, in factum exceptione uti potest, *l. ult. ff. h. t.*

LIBER QUINTUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Peculio.

SUMMARIA.

1. *Qui prolixius de peculio videri possint?*
2. *Quid sit peculium, & quales res in eo esse possint?*
3. *Quotuplex sit peculium in servo & filiof. & quid juris filiusfamilias aut pater ejus in singulis peculii speciebus habeat?*
4. *Quid moribus obtineat, & an ad profectitium pertineant dona susceptoris de fonte baptismatis? quid si lucrati sint liberi ex operis suis, dum in potestate erant & a patre nutriebantur? quid si separatim negotiati sint, vel una cum patre jure societatis; vel peregre habitantes, sibi lucrentur, an tunc a patre alendi sint?*
5. *Si filius sua industria admodum auxerit parentum patrimonium, an in divisione ei aliquid jure præcipui assignandum sit?*
6. *An ususfructus adventitii peculii moribus nostris patri cedat?*
7. *Unde nascatur actio de peculio, & quibus competat?*
8. *Contra quos detur?*
9. *Ad quid tendat?*
10. *Quænam per patrem aut dominum conventum hac actione prius sint ex peculio deducenda vel non?*
11. *Quo usque moribus nostris domini & patres ex famulorum aut ancillarum aut liberorum facto obligentur?*

1. Quamvis amplissima peculiorum materia sit, quippe per universam fere jurisprudentiam dispersa; tamen, quia in singulis juris partibus etiam pro instituti ratione ejus injecta mentio est, ac definitæ pro re nata controversiæ, consultum duxi summo tantum digito prima ejus principia hoc loco tangere, ac paucis aucta ex meo juris compendio repetere, ne ordo interruptus sit: ultra quæ si quis plura de peculio congesta scire cupiat, videat Ant. Fabri *rationalia ad hunc tit.* Meyeri *collegium Argentorat.* & D. Bockelmann. *comment. ad Pand. h. t.* & D.D. *ad* §. 1. & 2. *Instit. per quas person. cuique acquir.*

2. Peculium, (quo quandoque mulieris parapherna designantur, *l. si ego Seja* 9. §. *ceterum* 3. *ff. de jure dot.* quandoque pecunia, præsidii causa reposita, *l. si chorus* 79. § 1. *ff. de legatis* 3) in hoc titulo est pusilla pecunia, seu pusillum patrimonium, quod filiusfamilias aut servus a rationibus paternis aut dominicis separatum habet, *l. depositi* 5. §. 3. & 4. *ff. h. t.* ac consideratur velut quædam rerum universitas, nec corporis, sed juris nomen est. Unde cum rei vindicatio tantum in rebus corporalibus probata esset, Julianus monuit, non ita peculii, uti quidem gregis, vindicatione receptam esse, *l. vindicatio* 59. *ff. de rei vindicat.* Potest enim, exemplo hereditatis, sub se complecti omnis generis res, mobiles, immobiles, incorporales, atque

etiam id, quod dominus suo servo debet, si modo servi sui debitor manere voluerit; quod non præsumendum, si servo suo peculium legaverit, l. quam Tuberonis 7. §. pen. ff. h. t. junct. §. si peculium 20. Instit. de legatis. Et licet ex sola vestis datione non nascatur peculium, l. peculium nascitur 40. §. 1. ff. h. t. nihil tamen vetat, quo minus aliis cum rebus etiam vestis in peculio sit, quoties dominus ita dedit, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet, eoque nomine ei tradidit, ne quis alius eo uteretur, idque ab eo ejus usus gratia custodiretur, non item si dederit tantum ad certum, certique temporis usum, veluti cum sequeretur eum, vel cœnanti ministraret, l. id vestimentum 25. ff. h. t.

5. In servis quidem unius tantum generis peculium est, idque ex mera domini voluntate, non nudis verbis, sed re, per veram fictamve traditionem declarata; quod & dominus suo potest arbitrio adimere, modo ne id agat dolo malo in necem creditorum, l. peculii est 4. pr. & §. 1. l. summa cum 21. ff. h. t. In filiisfamilias vero quadruplicem lex induxit peculii speciem, puta, castrense, quasi castrense, profectitium, & adventitium. Castrense & quasi castrense pleno jure filiofamilias acquiritur, sic ut in utroque pro patrefamilias per omnia habeatur; sive de dispositione inter vivos, sive de ea, quæ ultima fit voluntate, quæstio sit. Profectitium patri in universum acquiritur, §. 1. Instit. per quas person. cuique acquir. licet filiusfamilias in eo hoc juris habeat, quod, occupatis a fisco bonis paternis pro debito fiscali, peculium hoc ei ex constitutione Claudii separetur; quia sic nullam pater patitur capitis diminutionem, adeoque perdurat potestas patria, ac termini habiles peculii manent, l. denique §. sed utrum 4. in fine ff. de minor. 25. annis. Quæ aliter servantur, si pater ob delictum deportatus bonorum quoque publicationem passus sit; tunc enim cum ceteris bonis patris etiam profectitium filii peculium fisco cedit, qui inde intra annum actione de peculio conveniri potest; nec separatur jam filio, quia per deportationem dissoluto patriæ potestatis nexu, non amplius peculium intelligi poterat, aut separari in gratiam ejus, qui sui juris factus est, l. 1. §. alienatio 4. ff. quando de pecul. actio ann. est. Adventitii proprietatem filio, usumfructum patri cedere exceptis quibusdam casibus, traditum tit. de usufructu num. 6.

4. Nec dubitandum videtur, quin, quantum ad acquisitionem peculiorum attinet, etiamnum hodie Romani juris dispositio in plerisque probata sit; in quantum castrense & quasi castrense filii, profectitium patris patrimonium intelligitur, ad quod profectitium etiam pertinent dona per susceptores de fonte baptismatis in infantes susceptos collata; cum non infantum intuitu, sed parentum contemplatione, hanc exerceri liberalitatem, in aperto sit; nisi aliud nominatim donationis tempore dictum fuerit, Groenewegen ad §. 2. Instit. per quas person. cuique acquir. & ad l. 19. ff. h. t. parens p. mem. Paulus Voet ad §. 3. Instit. de stipulat. servor. n. 2. & ad §. 1. Instit. per quas person. cuique acquir. num. 4. Abr. a Wesel de connubiali bonor. societ. tract. 2. cap. 2. num. 111. & seqq. usque adeo, ut etiam munera talia cum reliquis parentum bonis dividenda sint, ac ex iis quoque uxor aut filius primogenitus vas argenteum jure præcipui possit deducere illis in locis, in quibus præceptiones tales municipali lege inductæ sunt, veluti Ultraject. D. Someren de jure novercarum cap. 10. sect. 1. num. 3. Sed & ad profectitium reducenda, ac parentibus cedunt, quæ liberi in familia patris constituti, & patris impensis nutriti, medio tempore; eo quod ex operis quæsita cum alimentis præstitis compensanda sunt; nec ulla invidia est, ad patrem reverti, quod ex re patris quæsitum fuit, d. §. 1. Instit. per quas person. cuique acquir. arg. l. ejus quod 2. C. de patr. potest. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 1. cap. 5. num. 3 Sande dec. Frisic. lib. 2. tit. 7. defin. 3. Gudelinus de jure noviss. lib. 1. cap. 13. vers. quid moribus D. Someren de jure novercar. cap. 12. n. 7. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 12. num. 4. Si tamen filius in domo patris habitans, separatim a patre negotiatus fuerit, vel etiam una cum patre, sed societatis jure, in certam quandam negotiationis partem ab eo assumtus, sibi non patri, acquiret, quæ ita lucrifecit, Responsa Jurisc. Holl. part. 4. cons. 176. quæst. 5. Quod multo magis tunc quoque obtinebit, cum filius non in domo patris, sed seorsim, vel peregre habitans, multum lucrifecit; quo casu vicissim quoque de suo sese exhibere debet, nec jure medii temporis alimenta a patre sibi subministrari petit, licet in assignatione bonorum parentis alterutrius prædefuncti per superstitem facta id actum esset, ut usque ad majorennitatem incumberet assignanti alendi onus, cum sufficienter alere intelligatur, qui liberos suos iis imbui curavit artibus aut opificiis, unde se honeste secundum suam conditionem possunt exhibere, arg. l. si quis a liberis, 5. §. sed si filius 7. ff. de agnosc. & alend. liberis, arg. l. secundum naturam 10. ff. de reg. juris, Hugo Grotius manud. ad jurisprud. Holland. lib. 1. cap. 6. num. 11. Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 41. quæst. ult. & par. 3. vol. 2. consil. 14. num. 2. Dissent. Vinnius de collation. cap. 14.

5. Quin imo si filius patri aut matri cohabitans, nec separatim, nec societatis jure, sed nomine parentis inque utilitatem ejus negotiatus fuerit, ac sua industria admodum parentis auxerit substantiam, etiam post obitum parentis ejus oportere rationem haberi, ac jure præcipui modicum quid viri boni arbitratu filio isti ante divisionem patrimonii adjudicandum esse ex æquitate, multis placet, quos citat & sequitur Groenewegen ad §. 2. Instit. per quas person. cuique acquir. num. ult. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 12. num. 4. Zoesius ad Pand. tit. de collation. n. 44. Quod longe magis probandum fuerit si acquæstus inter vitricum aut novercam & privignos dividendi sint; cum non ita novercæ vel vitrico, atque quidem parentibus, operæ a liberis debitæ sint, Sande decis. Frisic. libr. 2. tit. 7. defin. 3. D. Joh. a Someren de jure novercar. cap. 14. n. 7.

6. Adventitium peculium quod attinet, etsi multis in locis etiamnum obtineat, usumfructum patri quæri, secundum juris civilis definitionem; tamen apud nos & in vicinis regionibus contra servatur, nisi vel illi, a quibus adventitia in filiosfamilias collata aut devoluta sunt, nominatim parenti usumfructum concesserint, vel usufructu ad liberorum educationem opus sit, dum is non superat alimentorum

præstandorum modum, arg. *l. ult. ff. de petit. hered.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 275. *quæst.* 3. Grotius *d. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 6. 7. Groenewegen *ad d.* §. 2. *Instit. per quas person. cuiq. acquir.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 13. Parens p. m. Paulus Voet ad §. 1. *Instit. per quas person. cuique acquir. num.* 6. Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 125.

7. Respectu omnis peculii servorum, & intuitu profectitii filiorumfamilias, prodita fuit actio de peculio, quæ est personalis, in rem tamen scripta, perpetua, si modo principalis actio, cujus hæc est adjectitia qualitas, perpetua sit, *l.* 2. *pr. ff. quando de pecul. act. annal. est*, ex contractu vel quasi contractu filiifamilias, aut servi, non item ex delicto, *l.* 1. §. *si filiusfamil.* 7. *ff. de his, qui effud. vel dejecerint*; nisi pater aut dominus locupletior inde factus sit, *l. & ideo* 3. §. *ult. ff de act. rer. amot. l. licet tamen* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. h. t.* vel filiusfamilias ex delicto jam condemnatus sit; eo quod judicio quasi contrahitur, ac proinde in partem actio judicati de peculio, quasi ex contractu est, *d. l.* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. h. t.* Competens illis, qui cum filiofamilias aut servo contraxerunt, etiam emtoribus servi contra venditores intra annum de eo, quod emtor servo adhuc alieno credidit, deducto eo, quod in peculio servus apud emtorem habet, *l. & ancillarum* 27. §. *in venditorem* 6. *ff. h. t.* ut & fructuariis, qui cum suo servo fructuario, proprietarii intuitu contrahente, conventionem inierunt, deducto tamen hic etiam eo, quod penes ipsum fructuarium est ex peculio, *l. si creditor* 37. §. *ult. ff. h. t.* non item, si servus fructuarius; vel alienus bona fide possessus, ex re ipsius fructuarii, vel bonæ fidei possessoris quæsita, fructuario promiserit aut possessori, *l. liber homo* 18. *ff. de verbor. oblig.*

8. Datur contra patrem, & cujuscunque ætatis aut sexus dominum, ac quosvis peculii possessores, sive heredes sint, sive legatarii, sive alii, ad quos peculium pervenit, *l. licet* 3. §. 2. 3. *l. & ancillarum* 27. §. *si servus* 2. *ff. h. t.* Si plures sint domini, contra singulos in solidum; si modo apud omnes peculium sit, quo casu unus in solidum condemnatus judicio societatis aut communi dividundo consequitur a ceteris, quod amplius sua portione solvit, *d. l. et ancillarum* 27. §. *ult. ff. h. t.* Sane si plures uni domino heredes extiterint, vel plures sint peculii possessores; separatim partes peculii, non communiter totum, possidentes, pro parte tantum in singulos hæc de peculio actio, quasi scissa inter eos, danda foret, *l. item cum testamento* 14. §. 1. *l.* 15. *l. si quis servum* 29. *l. quæsitum* 30. §. *si cum* 1. *ff. h. t.* Quin imo, si alius proprietatem servi, alius usumfructum habeat, fructuarius in negotiis ex re sua vel operis servi profluentibus de peculio conveniendus est; proprietarius in aliis, *l. ex ea causa* 2. *ff. de peculio*, ut tamen excusso prius fructuario, in subsidium de peculio proprietarius teneatur, & vice versa, *l. hinc quæritur* 19. §. *potest.* 1. *ff. h. t.*

9. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur quatenus est in peculio, cujus quantitas inspicienda tempore rei judicatæ. Unde fit, ut huic actioni etiam locus sit, licet tempore litis contestatæ nihil in peculio reperiatur; si modo termini habiles sint, ut ante sententiam quid in peculio esse possit, dum adhuc vivit filiusfamilias aut servus, ac perdurat in potestate, *l. quæsitum* 30. *pr. ff. h. t. l. Fulcinius* 7. §. *si quis actione* 15. *ff. quib. ex causis in possess. eatur*, secus, si nec sit in peculio tempore litis contestatæ, nec deinceps futurum speretur, dum morte, emancipatione, manumissione, similibusque modis, dominica vel patria potestas jam finem accepit, *l. eo tempore* 30. *pr. ff. h. t.*

10. Censetur autem esse in peculio, quod superest, deductis iis, quæ domino aut patri debentur, nec non illis, quos hi in sua habent potestate; quorumve negotia tanquam negotiorum gestores, tutores, curatores, procuratores, aliove simili modo gerunt. Cum enim in his casibus pupillo, minori, domino, teberentur ex eo, quod non a se exegissent, quod iis debitum, quorum tractant negotia, jus fingit, eos id ipsum a se jam exegisse, ideoque illud haud amplius videri in peculio existere, *l. sed si damnum* 9. §. *peculium* 2. *& seqq. ff. h. t.* Nec interest, utrum ex contractu quid domino servus debuerit, an ex rationum reliquiis, an denique ex delicto, veluti furto, idque rei ipsius, non pœnæ intuitu, *d. l.* 9. §. *sive autem* 6. 7. *ff. h. t.* sed & quod pater vel dominus pro suo filiof. aut servo ex jussu vel fidejussione sua vel actione tributoria, vel noxali judicio conventus, solvere debuit, dum cum iis contrahi, vel pro iis fidejussit, vel minus reliquis mercis peculiaris creditoribus, sibi plus, quam oportet, ab initio tribuerit, deducere potest, quoties id in rem ipsius versum non est, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t. l. ult. ff. de tribut. act.* cujus etiam needum soluti intuitu creditores, consequentes quantum in peculio est, cavere tenentur patri dominove, se refusuros; si quid præstiterit pater aut dominus hoc nomine conventus, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* etsi hac de re inter veteres Jurisconsultos videatur fuisse dissensus; Juliano quidem etiam deductionem ejus, quod pater aut dominus ita debet, eidem concedente *d. l. ult. ff. de tribut. act.* Marcello melius existimante, creditores interim cautione defungi, ut medii temporis interusurium consequantur; quod & Ulpiano magis videtur placuisse, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* Quod si servus semet ipsum mutilando deteriorem sese reddiderit, aut se ipsum occiderit, id de peculio actione conventus dominus non deducit, *d. l.* 9. §. *si ipse servus* 7. *ff. h. t.* uti nec, si in noxali judicio non litis æstimationem obtulerit, sed ipsum servum noxæ dando liberatus sit, *l. si noxali* 11. *pr. ff. h. t.* Quod si plures sint heredes unius domini, singuli pro rata conventi etiam pro rata tantum parte deducunt, *l. item cum testamento* 14. *ff. h. t.* Et, si plures sint peculii possessores, si quidem pro sua tantum parte conveniantur, non ultra id, quod sibi debitum, deductionem habent; sin unus eorum in solidum, quod fieri potest, cum non pro diviso, sed communiter omnes peculium tenent, etiam ejus, quod reliquis est debitum peculii possessoribus, deductionem habet, *l. sed si duo* 15. *ff. h. t.*

11. Ceterum moribus hodiernis domini ex famulorum & ancillarum contractibus aut factis, quibus ipsi auctoritatem ac consensum non accommodarunt, non tenentur ultra mercedem pro operis constitutam & needum solutam; nisi aliud municipali lege certis in casibus inveniatur dispositum, Mantica *de tacitis & ambig. convent. libr.* 8. *t.* 10. *numer. ult.*

Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 49. Groenewegen *ad rubric. ff. h. t.* Confer quæ dixi *t. de noxal. action. num. ult.* Similiter nec parentes ex contractibus liberorum, Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 1. *numer.* 48. adde *d. numer. ult. tit. de noxal. act.* Hinc & si filius post mortem patris solverit debitum, quod ipse durante patria potestate contraxerat, nullam eo nomine a reliquis patris heredibus repetitionem habet; cum absurdum esset, magis heredes patris, quam ipsum patrem, devinctos esse, Groenewegen ad *l.* 30. *ff. h. t. et l.* 58. *ff. de condict. indeb.* nisi vel jussu patris contraxisset, vel pater pro eo, arg. *tot. t. ff. quod jussu*. Quod apertius intelligitur, si consideres, solos minores apud nos & plerosque alios in patris esse potestate, eamque tutelæ seu curæ exemplo finiri per majorennitatem, ut dictum *t. de adoption. numer. ult.* Si enim filium natu majorem contraxisse concipias, ipse efficaciter, utpote sui juris, obligari potest ac judicio conveniri; patrem autem nullo modo obligatum reddit, uti ipso etiam jure Romano nulla ex filii emancipati contractu in patrem actio erat. Si vero durante minorennitate eum fingas contraxisse, si quidem jussu & auctoritate vel ratihabitione patris, qua talis, dubium vix esse potest, quin pater non peculio tenus, sed in solidum, obligatus sit: sive tunc pater possideat adventitia quadam ad suum filiumfamilias pertinentia, quorum legitimus administrator est, sive nulla omnino, arg. *d. t. quod jussu*, sin sine patris voluntate, nec patrem, nec sese, efficaciter obligat, nisi quatenus inde ipse vel pater locupletior factus est; cum constet, minores ob lubricum ætatis sine curatoribus contrahendo non posse semet obstringere, ideoque invitos nunc recipere curatorem, sed potius ipso jure nullum esse, quod ita gestum est, exemplo eorum, quæ jure civili per pupillos sine consensu tutoris acta erant; adeo ut nec restitutionis auxilio opus sit, etsi ex abundanti forte imploretur, & solutum, velut indebitum, condici possit, arg. *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb. l. in caus.* 16. *pr. ff. de minor.* 25. *annis*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 1. *defin.* 1. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 214. Anton. Matthæus *de obligat. disput.* 9. *thes.* 19.

TITULUS II.

Quando de peculio actio annalis est?

SUMMARIA.

1. *Quamdiu duret actio de peculio post extinctum peculium? & quo modo extinguatur peculium?*
2. *Quis teneatur actione de peculio, si extraneo vel ipsi servo manumisso peculium legatum & traditum sit?*
3. *Alienato servo, an, & quando partim contra alienantem, partim contra eum, in quem alienatio facta, agi de peculio possit?*
4. *Quamdiu duret actio de peculio, si pater jure potestatis in filiof. castrense peculium successerit?*
5. *Quis moribus conveniendus, si filiusfamilias mortuus sit?*

1. SI peculium extinguatur, (quod fit morte etiam tum, cum servus ordinarius moritur, si cum vicario contractum sit, *l. servus* 17. §. 1. *ff. de in rem verso*, uti & emancipatione, manumissione, alienatione, aliisque modis, at non captivitate, propter postliminii jus, *l.* 1. *pr. l.* 2. §. 1. *& passim ff. h. t.*) actio quoque de peculio perit. Sed ne casus improvisus creditoribus sine sua culpa noceat, prætor eam extendit usque ad annum utilem, ex eo tempore computandum, ex quo primum ab extincto peculio experiundi potestas fuit, *l.* 1. §. *annus* 2. *ff. h. t.* nisi principalis actio temporis brevioris spatio per leges circumscripta sit, veluti redhibitoria sex mensibus durans & quanti minoris æstimatoria certis in casibus; tunc enim nec ultra hæc adjectitia de peculio actio extendenda foret, *l. cum post* 2. *ff. h. t.* vel nisi quis servum vendiderit cum peculio, nec nominatim id egerit, ut pro peculio, sed simpliciter ut pro servo pretium acciperet, ac peculium tradiderit; tunc enim ne intra annum quidem in venditorem, sed contra solum emtorem actio est. Idem servatur, si heres accepta certa quantitate jussus sit peculium dare. Cum enim his in casibus nec venditor nec heres peculii pretium habere intelligatur, videri non potest penes eum peculium esse, *l. si ex duobus* 32. §. *ult. l.* 53. 54. 55. *ff. de peculio.* Estque hic fructuum etiam & accessionum & decessionum peculii jam extincti habenda ratio, perinde ac si peculii qualitas extincta non esset, *l. ult. ff. h. t.*

2. Si Peculium servile extraneo legatum sit, vel ipsi servo per testamentum manumisso, contra manumissum vel extraneum peculii legatarium, tanquam peculii possessorem, actio datur, non contra heredem, qui peculium desiit penes se habere, *l.* 1. §. *per contrarium* 10. *ff. de dote prælegata*, si modo heres a legatario peculii, sive manumisso, sive extraneo, caveri sibi curaverit, se contra peculii creditores defensum iri: ea enim cautione non exacta si peculium legatariis tradiderit, ipse nihilominus conveniendus esset, *l.* 1. §. *item heres.* 7. *ff. h. t.* arg. *l. quod in herede* 9. §. *ult. ff. de tributor. act.* etsi veterum jurisconsultorum dissensum agnoscat Wissenbach ad *Pand. vol.* 1. *disput.* 29. *thes.* 18. & 19.

3. Quod si servus alienatus sit, extra casum venditionis cum peculio, (de quo supra) creditor ab initio quidem potest actionem de peculio ita dividere, ut a novo domino partem, partem a pristino intra annum petat, *l. & ancillarum* 27. §. *servus* 2. & §. *illud* 3. *ff. de peculio.* Sed si cum uno eorum litem in solidum jam contestatus sit, dividere actionem postea nequaquam potest, & alterum pro parte convenire, nisi in subsidium, excusso jam ac non sufficiente eo, quem prius cœperat in solidum convenire, *l. quotiens in taberna* 47 §. *si creditor* 3. *ff. de peculio*, in qua lege verba, *re integra*, non denotant, *si litem contestatus necdum sit*, sed potius, Gothofredo interprete, *si nondum partem debiti consecutus sit*, cum jam cœpisset in solidum uni litem movere.

4. Quamvis autem actio de peculio tantum ad paganicum, non item castrense, proprie pertineat; tamen si mortuo filiofamilias pater in ipsius intestati peculium jure patriæ potestatis successerit, etiam æs alienum nec ultra modum peculii castrensis, nec post annum utilem, jure prætorio solvere cogitur: qui, si testamento scriptus heres sui filii, extitisset,

perpetuo civiliter, ut heres, in solidum conveniri possit, *l. pater qui 17. pr. ff. de castrensi peculio.*

5. Sed nostris moribus, si filiusfamilias, id est minor annis viginti quinque, vivo patre mortuus sit, non pater intra annum ex ejus contractu actione de peculio, sed potius filii defuncti heredes in solidum conveniendi sunt; adeoque & ipse pater, ubi filii heres est, Groenewegen *ad l. 5. C. ad Senatusc. Macedon.*

TITULUS III.

De in rem verso.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit ratio introductæ actionis de in rem verso; quibus detur, contra quos, & ad quid?*
2. *Non sufficit in rem patris acceptum esse, sed & versum esse debet; nec datur actio ultra quam versum est. An necesse, ut & duret utilitas versi?*
3. *Quid juris, si ab initio non sit in rem patris acceptum, sed postea tamen versum?*
4. *Quales impensæ hac actione repeti possint? an, & quando voluptuariæ? voluptuariæ quandoque fiunt utiles.*
5. *Quibus modis censeatur quid in rem patris versum, ut actioni huic locus sit? qua occasione casus quidam dubii recensentur.*
6. *Quibus in casibus cesset hac actio? & in quibus differat hac de in rem verso ab actione de peculio?*
7. *Quid juris circa actionem de in rem verso, si filiusfam. pecuniam mutuatus sit, ad vestem emendam, si pecunia perierit, & vestis tamen emta sit?*

1. FUndamentum ac ratio introductæ actionis de in rem verso est, quia contra naturalem æquitatem visum fuit, dominum patremve cum alterius jactura reddi locupletiorem: unde & regulariter toties de in rem verso actio esse potest, quoties procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum habet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus aut filiusf. quo aut meliorem rem dominus paterve haberet, aut non deteriorem, *l. quod si servus 3. §. & regulariter 2. ff. h. t.* Datur autem illis, qui in rem patris vel domini crediderunt filiof. aut servo; contra patrem vel dominum, licet pupillum aut furiosum, *l. pater pro filia 20. §. 1. ff. h. t.* ad id ut præstetur quatenus in rem versum est; una cum usuris ex pacto vel mora, si principale negotium, cui accedit qualitas actionis de in rem verso, bonæ fidei sit, forte venditis servo iis, quæ ad familiæ sustentationem aut ædium dominicarum fulturam necessaria sunt; secus si stricti juris negotium sit, quod in datione mutui in rem domini convertendi, similibusque contingit, *l. si pro patre 10. §. sed utrum 5. ff. h. t.* junct. *l. atquin natura 19. §. non tantum 4. ff. de negotiis gestis.*

2. Nec refert, utrum pater dominusve sciverit, an ignoraverit, in rem suam creditum esse; si modo creditum vere & cum effectu in rem versum sit: neque enim sufficit, in rem patris aut domini acceptum esse, si postea non versum, sed inutiliter consumtum sit; sed curiosus esse debet creditor, quo vertatur, etiamsi is servus fuerit, qui solitus erat accipiens vertere; ne alioquin credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret, *l. quod si servus 3. §. sed si sic 9. ff. h. t.* ideoque, si pars tantum versa sit, etiam de parte tantum hæc actio danda foret, *l. si pro patre 10. §. in rem 4. ff. h. t.* in quo differt ab exercitoria & institoria, ubi sufficit in usus navigii vel tabernæ ab initio creditum esse, de cetero eventus non spectatur, *l. 1. §. unde 9. l. ult. pr. & §. ult. ff. de exercit. actione*, & merito: cum enim adsit partis aut domini navigio vel tabernæ præponentis voluntas, ac tacitum in eam rem credendi mandatum, est quod sibi imputet, cur talem præposuerit, *d. l. 1. §. 9.* ubi e contrario in verso pater aut dominus non tam ex sua obligantur voluntate, quam potius, ne lucrum captent cum detrimento credentis, lucrum autem non est, nisi quatenus versum. Ut tamen sufficiat, quod creditum quandoque utiliter in rem partis versum fuerit, licet tempore hujus actionis moræ non ultra duret utilitas versi, exustis forte aut collapsis ex terræ motu ædibus suffultis, aut frumentis ad alendam domini familiam comparatis in horreo dominico corruptis, aut deperditis sine culpa pecuniis, ut in rem domini verterentur, acceptis, *l. quod si servus 3. §. unde recte 7. & §. 8. l. servus in rem 17. pr. ff. h. t. l. sed an ultro 10. §. 1. ff. de negot. gestis.* Nam quod alibi desideratum fuit, *ut duret versum*, eo non aliud exigitur, interprete ipso jurisconsulto, quam, ut necdum a domino sit servo solutum; vel solutum quidem, sed fraudulenter in necem creditorum servo perdituro, *l. si pro patre 10. §. versum 6. ff. h. t.* Sed & si filiusfamilias in necessarios patris usus pecuniam mutuatus, eam casu amiserit, creditori non nocebit, arg. *l. in pupillo 47. §. 1. in fine ff. de solution. l. quod si servus 3. §. ult. l. 4. ff. h. t.*

3. Quod si ab initio non sit acceptum in rem patris vel domini, sed in peculium, ac postea tamen mutata mente per filiumf. aut servum in rem patris dominive versum appareat; hoc jure utimur, ut adhuc regulariter actioni de in rem verso locus sit; ne cum creditoris jactura ditiores fiant, *l. quod si servus 3. §. in rem 1. in fine, l. si res domino 5. §. ult. ff. h. t.* Qua ratione cum filiusf. togam emisset, eoque mortuo pater ignorans & putans suam esse, dedicasset eam in funus ejus, responsum fuit, in rem patris versum videri; funus enim filii æs alienum patris esse, *l. filiusfam. 19. ff. h. t.* Adde *t. de senatusc. Macedon. n. 3.*

4. Magna autem inter necessarios, utiliter, & ex voluptate versum, differentia est. Nam si quid ex necessitate in rem patris versum sit, totum, quatenus versum est, repetitur: sin utiliter tantum, etiam non ultra agi potest, quam quatenus id ipsum domino quandoque utile fuit, *l. si res 5. pr. ff. h. t.* Proinde, si filiusfamilias mutuam sumserit pecuniam, ut se aleret & vestiret, eatenus in rem patris vertisse censendus est, quatenus secundum consuetudinem patris, id est, usque ad modum, quem pater ei præstare consueverat, semet inde aluit ac vestivit, *l. quod si servus 3. §. proinde 3. ff. h. t.* aut si pecuniam mutuatus, pro sua filia, vel sorore, vel nepte ex altero fratre, dotem dederit, in rem patris versum videtur, quatenus avus pro nepte, vel filia,

datus fuit, *l. & ideo* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *ff. b. t.* Plane, si mutuo accepto filiusfamilias domum paternam exornavit tectoriis, & quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, ut propterea hæc actio danda foret; sed tantum pater pati debet, creditorem hæc sine domus suæ injuria auferre, *l. quod si servus.* 5. §. *sed si mutua* 4. *ff. b. t.* si pati nolit, ad impensas, velut utiles, refundendas compellendus est, arg. *l. pro voluptuariis* 9. *ff. de impensis in rem dot. factis*, quemadmodum etiam de voluptuariis efficaciter hoc judicio agi potest, si in illas ex voluntate patris aut domini filiof. aut servo creditum sit, *d. l.* 5. §. 4. *ff. b. t.* sic ut illud quoque in rem domini versum Labeo dixerit, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias; vel si quid ad turpes sumtus subministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini, *d. l.* 5. §. *nec non* 6. *ff. b. t.* Denique si ex pecunia mutua odores & unguenta servus emerit, & ad funus erogaverit, quod ad dominium suum pertinebat, placuit, in rem domini videri versum, *l. & ideo* 7. §. *illud plane* 3. *ff. b. t.* neque enim novum est, ut impensæ, quæ in se spectatæ voluptatis causa factæ intelliguntur, quarundam personarum contemplatione utiles fiant; dum in res forte promercales factæ sunt, *l. quod si bares* 10. *ff. de impens. in rem dot. factis*; vel in funus ad eum pertinens, qui impensas tales fecit *d. l.* 7. §. 3. *ff. b. t.*

5. Ceterum multis modis in rem patris dominive verti potest, recensitis magna ex parte in *l.* 3. §. 1. & 3. *ff. b. t.* §. *præterea* 4. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* inter quos & ille est, si filiusf. patri actionem acquisierit, *d. l.* 3. §. *idem Labeo* 5. *ff. b. t.* adeo ut, si filiusfamilias mutuatus sit, ut paternis solveret creditoribus, ac errando ei solverit, quem putabat creditorem esse, cum non esset, pater tamen de in rem verso teneatur, cum creditur hactenus locupletior factus, inque rem ejus versum, quatenus indebiti condictionem habet, *d. l.* 3. §. 1. *ff. b. t.* Sed & filiusfamilias pro patre solvendo & ita negotium ejus gerendo, aut judicium tanquam defensor pro eo suscipiendo, eundem actione de peculio, aut alia liberaverit, in rem versum videtur, *l. si pro patre* 10. §. 1. & 3. *l. si filiusfamilias* 15. *ff. b. t.* secus, si suo nomine aut ut suum petens negotium judicium susceperit, aut fecerit solutionem, ut se ipsum liberaret, licet ita pater quoque actione de peculio liberatus fuerit; *d. l. si pro patre* 10. §. *ult. l.* 11. *ff. b. t.* Sic quoque versum credendum est, si filiusf. mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, ut nomen faceret, non peculiare, sed quasi paternæ rationis, *l. quod si servus* 3. §. *idem Labeo* 5. *ff. b. t.* aut si mutuum acceptum patri donaverit, vel donandi animo pro eo solverit, ad id ut mutuum dans actione de in rem verso contra patrem experiri possit, *l. & ideo* 7. §. *plane* 1. *ff. b. t.* quæ tamen de in rem verso actio locum non haberet, si filiusfamilias patri donasset rem peculiarem: eo quod nullus tunc creditor apparet, qui agere posset, quasi in rem patris credidisset, *l. et ideo* 7. *pr. ff. b. t.* uti nec, si filiusfamilias id, quod patrem dare oporteret, creditori patris stipulanti promiserit animo donandi patri jam tum cum se obligabat, *l. si pro patre* 10. §. *idem tract.* 2. *ff. b. t.* perinde enim id est, ac si statim ab initio patri ex rebus peculiaribus voluisset donatum.

6. Porro cessat hæc actio, si servus, qui domini debitor erat, aliunde mutuatus domino solverit non ultra quam debet, *l. si pro patre* 10. §. *si domini* 7. *l. quidam fundum* 16. *ff. b. t.* arg. *l. licet* 3. §. *cui. congruit* 7. *ff. de peculio*, aut pro libertate domino dederit; non ultra sui pretium, *l. quod si servus* 3. *pr. ff. b. t.* aut si de peculio jam actum sit, & in peculium conversum, quod in rem domini versum erat, ita ut jam præstiterit dominus ex actione de peculio, quod in rem ejus versum erat: nam si necdum præstiterit, maneret actio de in rem verso, *l.* 1. §. *ult. ff. b. t.* §. *præterea* 4. *Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Quamvis alioquin major utilitas in hac, quam de peculio actione resideat: quatenus hæc ultra annum utilem ab extincto peculio durat perpetuo: atque etiam competit, cum peculium sine dolo malo ademtum est, *l.* 1. §. 1. *l. filiusfam.* 19. *in fine ff. b. t. l.* 1. §. *ult. ff. quando de pecul. actio annalis est*, & in concursu creditorum is, qui de in rem verso agit, aliis tantum de peculio agentibus potior est; imo & ipso domino potior, dum is de in rem verso tenetur, licet aut parum aut nihil sit in peculio, adeoque nec dominus deducere possit, quod sibi suisque debitum est, *l.* 1. *pr. ff. b. t.* Quemadmodum ex contrario commodius est de peculio experiri, quam de in rem verso, quatenus agenti de peculio nihil ultra probandum est, quam contractum esse, ac in peculio reperiri debitam ex contractu quantitatem; cum is, qui de in rem verso agit, subire teneatur difficultatem probandi, creditum in patris dominive utilitatem versum esse, §. *ceterum* 5. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. l. ei qui* 7. *l. dominum* 12. *C. eod. tit.* quam probationem etiam ex circumstantiis peti posse, patet ex *l. cum de in rem* 6. *pr.* & §. 1. *ff. de usuris.*

7. Quod si mutuatus sit pecuniam filiusfamilias ad vestem comparandam, & nummi perierint, vestisque per filiumf. nihilominus emta sit, incipit pater utrique de in rem verso obligatus esse, tam ei, qui pecuniam, quam qui vestem credidit; quoniam in rem patris ambo crediderunt: sed cum utrique condemnari patrem de in rem verso iniquum esset, placuit, meliorem esse oportere occupantis conditionem. Idemque est, si casu perierit tam vestis quam pecunia, *l. quod si servus* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. b. t.*

TITULUS VI.

Quod jussu.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio quod jussu; cui, contra quem, ad quid detur? sufficit ratihabitio aut jussus tacitus.*
2. *Quibus in casibus cesset?*
3. *Cum hac actione concurrere potest mandati actio.*

1. Actio quod jussu (quæ & actio de jussu dicitur, *l. ult. ff. b. t.*) est prætoria personalis, quæ datur creditoribus, qui jubente patre vel domino cum filiof. aut servo contraxerunt, sive jussus specialis sive generalis intercesserit, *l.* 1. §. 1. *ff. b. t.*

contra patrem vel dominum, jubentem; etiam fructuarium, aut bonæ fidei possessorem, si is jusserit, *l.* 1. *§. pen. ff. h. t.* &, si plures jusserint, contra singulos in solidum, *l. ult. §. si unus ex* 1. *ff. h. t.* ad id, ut eatenus solvatur creditum, quatenus jussus est interpositus, *l. dominum* 3. *ff. h. t.* quem si creditor excesserit, summam excedentem non hac, sed de peculio aut alia simili actione recuperat. Jussisse autem videtur & qui ratum habuit jam creditum, & qui contractui seu chirographo sui filiif. aut servi subscripsit, *l.* 1. *§. sed etsi* 4. *& §. ratum* 6. *ff. h. t.* adde Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 27. *num.* 20.

2. Non tamen huic actioni locus est, si quis ei jusserit credi, quem non habebat in sua potestate, veluti servo prorsus alieno; licet eum postea redemerit; ne actio, quæ ab initio inutilis erat, eventu confirmetur, *l. si tutoris* 2. *§. ult. ff. h. t.* vel, cum jussisset suo heredi filiofamilias, jussus revocatus sit, antequam crederetur, *l.* 1. *§. sed ego* 2. *ff. h. t.* vel tantum quis jusserit contractus executionem, sic ut sui servi aut filiif. tanquam nuncii ministerio usus sit, *l. ult. pr. ff. h. t.* vel pro suo filiofamilias aut servo contrahente fidejusserit; quia sic non ut pater aut dominus, sed ut extraneus consideratur; sive utiliter fidejusserit, sive inutiliter, *l.* 1. *§. quid ergo* 5. *ff. h. t.* aut pupillus jusserit sine tutoris auctoritate, *l.* 1. *§. si pupillus* 7. *ff. h. t.* Sane; si tutor aut curator, aut procurator, aut is, qui administrationi rerum civitatis præpositus est, servo pupilli vel adolescentis vel civitatis credi jusserit, magis est, ut cum his agi quod jussu possit, si modo ex utilitate eorum creditum sit, *l.* 1. *§. ult. l.* 4. *ff. h. t.*

5. Nec dubium quin directa quoque mandati actione conveniri possit pater dominusve de eo, quod filiofam. suo servove credi mandavit, *§. ult. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

LIBER SEXTUSDECIMUS.

TITULUS I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

SUMMARIA.

1. *Ratio Vellejani introducendi, quid eo cautum sit non ipso jure, sed ope exceptionis mulieres tutas esse, paucis casibus exceptis.*
2. *Quibus detur hæc exceptio? an & fidejussoribus mulieris, aut delegatis a muliere, cum mulieris debitores non essent? an & iis, qui ex mulieris mandato pro aliis fidejusserunt?*
3. *Cui opponatur? quid si creditor sciverit mulierem intercedere? quid si ignoraverit, sed mulier in dolo sit?*
4. *Opponi potest etiam post sententiam; & tunc reviviscunt cum sua qualitate, aut nascuntur actiones in pristinos debitores ac fidejussores, mediante in integrum restitutione ex generali clausula edicti prætorii.*
5. *Peti potest restitutio actionum, licet pendeat conditio vel dies intercessioni apposita, vel pristina actio acceptilatione sublata sit, vel mulieri creditor, aut mulier debitori veteri heres extiterit.*
6. *Non restituenda actio pristina, si mulier intercesserit pro obligatione inefficace; vel per aliud remedium ordinarium creditori consultum sit.*
7. *Quid juris, si mulier una cum masculo intercesserit?*
8. *Recensentur plurimi modi, quibus mulieres intercedunt. An & promissione indemnitatis, per distinctionem explicatur. Non interest, pro quo intercedat.*
9. *An mulier huic beneficio efficaciter renunciare possit in judicio & extra judicium, publico vel privato instrumento? Quid si, cum intercessisset interventu renunciationis, brevi post alio in negotio intercedat sine renunciatione? An & ex circumstantiis renunciatio colligi possit?*
10. *An eo ipso, quo renunciavit Vellejano, etiam renunciasse censeatur authenticæ si qua mulier? An isti authenticæ renunciare possit? recensentur casus, quibus & sine beneficiorum renunciatione uxor efficaciter pro marito intercedit.*
11. *Recensentur plurimi casus, quibus cessat exceptio, inter quos de solutione sine prævia intercessione, de donatione, dolosa vel post biennium repetita intercessione, solutione debiti mulieri facta, præmio accepto pro intercessione, de intercessione apud minorem, vel pro debito, ad quod & sine intercessione obligata erat; de muliere publica mercatrice, & ea quæ dignitatem ac regalia habet?*

1. Cum multis rerum documentis compertum esset, mulieres sexus sui fragilitate sæpe contra propria commoda laborare, sæpe captionibus aliorum reddi obnoxias, sæpe rei familiaris periculum subire, *l. & primo* 2. *§. verba* 2. *ff. h. t. l. si mulier* 22. *C. h. t. pro Instit. quibus alien. licet vel non*, visum Romanis fuit, huic occurrere imbecillitati; unde primo quidem Augusti, mox Claudii edictis interdictum, ne pro viris suis fœminæ intercederent, *l.* 2. *pr. ff. h. t.* post quæ subsecutum senatusconsultum Vellejanum, Marco Silano & Vellejo tutore Consulibus (non ordinariis, sed suffectis, cum horum nomina in fastis haud occurrant, indeque etiam tempus originis hujus senatusconsulti incertum sit) quo plenissime mulieribus omnibus subventum est, dum comprehensum, ne pro ullo fœminæ intercederent, *l.* 1. *pr. l.* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* indulta ipsis, ex sua intercessione conventis, favorabili Vellejani senatusconsulti exceptione, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* Licet enim quandoque adversus eas ex intercessione prætor actiones deneget, secundum veterem judiciorum ordinem, quo actiones summo ju-

re competentes prætor non dabat, ubi eas exceptione elidendas esse certum erat; atque insuper totam senatus improbet obligationem, *l. si mulier contra* 16. *§. si ab ea t. in fine ff. h. t.* ac denique vulgo obtineat, nullum esse, quod contra leges gestum est, *l. non dubium* 5. *C. de legibus*, hic tamen placuit, non ipso jure, sed sola exceptionis ope eas tutas esse, *l.* 40. *ff. de cond. indeb. l. exceptiones* 7. *§.* 1. *de exception.* nisi ex novis legibus sine publico instrumento intercessissent, *l. antiqua* 23. *§. ult. C. h. t.* vel jure novo pro maritis suis; *auth. si qua mulier C. h. t.* ante enim hoc quoque casu exceptionis hujus auxilio debebant defendi, *l.* 1. *C. ne uxor pro marito.*

2. Opponit hanc exceptionem non tantum ipsa mulier, sed & heredes, ac fidejussores, sive ex mandato mulieris pro ea fidejusserint, sive sine mandato ejus; quia senatus totam improbavit obligationem, voluitque, hanc exceptionem in rem, non in personam esse, *l. si mulier* 16. *§.* 1. *ff. h. t. d. l. exceptiones* 7. *§.* 1. *ff. de exceptionibus, l. si uxor pro* 15. *l. heredes* 20. *C. h. t.* Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 11. *defin.* 7. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 18. 19. 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 21. *defin.* 7. is quoque qui, cum debitor mulieris non esset, a muliere delegatus fuit; cum perinde habeatur, ac si mulieris fidejussor esset, *l. quamvis pignoris* 8. *§. sed si it* 4. *& §. sed si eum* 6. *ff. h. t.* quive ex mulieris mandato pro aliis intercessit, si modo in bona fide sit, ignarus in fraudem senatusconsulti id agi a creditore, ut ipsum potius haberet obligatum quam mulierem contra senatusconsultum intervenientem, *l. si fidejussores* 6. *l. si decipiendi* 30. *§.* 1. *l. ult. §. si mulier* 3. *ff. h. t.*

3. Opponitur creditori, ex intercessione mulieris agenti, si is mulierem intercedere non ignoraverit, *l.* 1. *C. h. t. l. immo tunc* 12. *l. Seja mancipia* 28. *§.* 1. *ff. h. t.* uti & heredi ejus, arg. *l. apud Celsum* 4. *§. adversus parentes* 16. *ff. de doli mali & met. except.* Nec his adversatur rescriptum Impp. in *l. si fœnebris* 13. *C. h. t.* cum ajunt, *mulierem decreto patrum non adjuvari, licet creditor causam contractus non ignoravit.* Etenim vel pro *licet* reponendum *nisi* cum Hottomanno, & Wissenbachio *ad d. l.* 13. *C. h. t.* vel secundo, dicendum, mulierem in specie *d. legis* 13. non intercessisse, sed tantum ab initio simpliciter ac pro se mutuam sumsisse pecuniam; licet eam postea pro marito erogaverit, creditore non ignorante, eam mariti instigatione fœnebrem illam accepisse pecuniam, ut deinceps illam novis blanditiis maritalibus permota, in usus mariti in totum aut pro parte erogaret. Qualis legis hujus sensus vel ex eo evincitur, quod Imperatores ibidem voluerunt, cessare exceptionem, *sive tota quantitas fœnoris, sive pars ejus, in usus mariti processisse proponatur.* Quippe quæ verba supponunt, non tam ab initio pecuniam omnem in usum mariti fœnori acceptam fuisse, quam potius postea ad desiderium mariti, magis aut minus uxorem flectere ac movere valentis, in ejus usus in totum vel pro parte versam: quod diversum est ab ea facti specie, qua mulier statim ab initio, creditore sciente, nummos capiebat mutuos, non in suum, sed mariti usum; quo ipso mulierem intercedere, & senatusconsulto locum fore, dubium non est, arg. *l. si mulier* 11. *l. vir uxori* 17. *pr. in med. ff. h. t.* Similem sane factorum diversitatem jus diversum constituentem observare licet in *l. ult. §. item si mulier* 2. *ff. h. t.* junct. *l. Senatusconsultum* 4. *C. h. t.* si enim mulier ab initio simpliciter sua prædia vendiderit, deinde pro marito pecuniam inde redactam solverit, intercessio non est, deficitque auxilium senatusconsulti, *d. l.* 4. *C. h. t.* sed si fundum suum statim ab initio ea lege distraxerit, ut pretium cederet pro debito mariti, vel etiam debitoris extranei, venditio contra senatusconsultum facta creditur, *d. l ult. §.* 2. *ff. h. t.* Quod si mulierem intercedere creditor nesciverit, si quidem & ipsa mulier extra dolum sit, adhuc exceptionem ei dandam placuit, *d. l. vir uxori* 17. *pr. ff. h. t.* si vero illa fraudulenter apud creditorem ignorantem intercesserit, non est obstitura creditori hæc exceptio, dum forte tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura; quia alioquin nemo cum fœminis contraheret, cum ignorari possit, quid actura sint, *l. si mulier* 11. *l. bona fide* 27. *ff. h. t.* Ut tamen creditorem oporteat in inquirendo diligentiorem esse, si mulier non de novo contrahat, sed obligationem ante contractam suscipiat; cum non tam facile eo casu ignorantiæ allegatio aut præsumtio admittatur; *d. l. vir uxori* 17. *pr. ff. h. t.* Confer Cujacium *tract.* 4. *ad Africanum ad l.* 17. *ff. h. t.* Wissenbachium *ad Pand. h. t. n.* 11.

4. Ceterum allegari potest hæc exceptio non modo ante & post litem contestatam, sed & post sententiam, ad impediendam executionem ejus, *l. tamen, si* 11. *ff. de senatusc. Macedon.* Cum enim soluti repetitio mulieri detur, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* dolo malo faceret victor, executionem sententiæ sibi solvi desiderans, quod mox restituturus est, *l. dolo facit* 8. *ff. de doli mali & met. except.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 292. Itaque opposita, vel saltem competente, licet opposita necdum sit, creditoribus in pristinos debitores & fidejussores actio reviviscit, vel restituitur, si per occasionem intercessionis extincta sit, vel de novo nascitur, si pro alio, alioquin contracturo, mulier contraxerit, veluti mutuum accipiendo pro eo, qui mutuum suos in usus fuisset accepturus. *l.* 1. *§. ult. l. quamvis* 8. *§. quamquam* 11. *& seqq. l.* 9. *l. si mulier* 14. *l. ult. in fine ff. h. t.* Restituitur autem cum sua causa & qualitatibus, adeo ut, si pro eo, qui temporali actione tenebatur, mulier intercesserit, temporalis actio redintegretur in tantum tempus, quantum supererat, cum primitus intercessione muliebri extingueretur, *l. debit.* 24. *§. ult. ff. h. t.* Et actiones quidem pristinæ, quæ reviviscunt, *restitutoriæ* appellantur, & *rescissoriæ*, quia dantur rescissa intercessione & liberatione, quæ ob intercessionem mulieris contigerat, atque ita restituuntur, *l. quamvis* 7. *§. Marcellus* 9. *& §. quamquam* 11. 12. 13. *l. ult. §. ult. ff. h. t. l. si mulier alienam* 16. *C. h. t.* ex vero, quæ primitus in eum nascuntur, pro quo mulier contraxit, *institutoriæ* ab interpretibus dicuntur, quia instituunt magis, quam restituunt obligationem, *d. l. quamvis* 8. *§. pen. ff. h. t.* Non tamen existimandum, ipso jure has reviviscere aut nasci actiones: sed potius in id impetranda per creditorem restitutio in integrum ex generali clausula edicti prætorii, qua promisit, *se in integrum restituturum, si qua alia sibi causa justa esse videretur,*

quoad ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum liceret, l. 1. *in fine ff. ex quib. caus. majores* 25. *annis in integr. restit.* junct. *l. si mulier contra* 14. *ff. h. t.* & ang. *l. debitrix* 24. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. sed & si* 26. §. *si feriae* 7. *ff. ex quib. caus. majores.* Licet enim in *d. l.* 24. §. *ult.* dicatur, *statim, atque intercessit mulier, competiisse*, id tamen vel cum Wissenbachio *ad Pand. h. t. n.* 5. ita accipiendum est, quod statim actio restitutoria competat creditori, petere volenti, pristinam sibi reddi actionem: vel intelligendum non de ipsa actione, quae restituitur, sed de petitione restitutionis in integrum, ad recuperandam actionem quae muliebri intercessione extincta fuerat. Ut proinde sensus sit, actionem temporalem restitutam adhuc per tantum temporis spatium durare post restitutionem, quantum supererat, cum primitus per intercessionem mulieris extinguebatur, licet videri possit aliqua subesse culpa creditoris, quod, cum statim petere potuisset actionis restitutionem, petitionem ejus distulerit donec Vellejani exceptione per mulierem opposita excluderetur, arg. *l. aliquando* 13. §. *ult. ff. h. t.*

5. Neque hanc actionis pristinae restitutionem impedit, quod forte dies aut conditio, sub qua mulier intercessit; adhuc pendeat; cum etiam, pendente conditione, volenti creditori cum priore actio danda sit restitutoria; neque enim bonum visum, expectare conditionem vel diem; cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo, sive existente sive deficiente conditione, ipse debeat suscipere actionem, *l. aliquando* 13. §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. debitrix* 24. §. *si senatusconsulti* 2. *ff. h. t.* Sed nec restitutioni pristinae actionis obest, quod mulieri intercedenti credito jam accepto tulerit debitum, cum nihil ea acceptilatione videatur actum, quippe qua inanem tantum dimisit obligationem, *l. quamvis* 8. §. *Marcellus* 9. *ff. h. t.* Uti nec, quod ipsi debitori creditor accepto tulerit, sive ante, sive post interpositam a muliere intercessionem, si modo acceptilatio contemplatione intercessionis muliebris facta sit, ut nempe tota obligatio a reo principali in mulierem translata esset, *d. l.* 8. §. *quoties* 7. *ff. h. t.* Nec denique, quod mulieri creditor heres extiterit, cum non obligatae cum effectu successerit, quodve mulier ipsa veteri debitori, pro quo intercessit, heres sit, cum ipsa, qua heres, restitutoria conveniri tunc possit; sed & directa, dum nihil ejus interest, qua actione conveniatur, *d. l.* 8. §. *si mulieri* 12. & 13. *ff. h. t.* confirmata scilicet per hereditatis aditionem muliebri obligatione, quae ab initio propriis viribus non consistebat, Cujacius *lib.* 15. *observ.* 11.

6. Non tamen restituenda actio pristina, si mulier intercesserit pro obligatione non efficace, veluti pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato; vel pro eo sine tutore contracturo ipsa contraxerit, nec is inde locupletior factus sit, *l. quamvis* 8. §. *ult. ff. h. t.* Non etiam necessaria actio restitutoria, si aliud remedium ordinarium supersit, quo creditori potest consultum esse, puta si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, & ita acceptum, quae auxilio senatusconsulti munita est: cum enim is, qui fidejussorem aut expromissorem se daturum promisit, mulierem dando non censeatur implevisse promissionem, *l. qui satisdare* 3. *ff. de fidejussor.* locus esse potuit condictioni causa data causa non secuta ad recuperandam actionem, quae per acceptilationem causae futurae seu secuturae expromissionis intuitu factam, sublata erat, *d. l. quamvis* 8. §. *si convenerit* 8. *ff. h. t.* junct. *l. si mulier. ei* 15. *ff. de condict. caus. non secuta.* Quin &, si pro debito pristino pignus a debitore obligatum sit, & mulier eodem pro debito intercesserit, non est creditori nova opus actione restitutoria; cum quasi Serviana hic utilis sit; quia verum est, convenisse de pignore, nec pecuniam solutam esse, nec cum effectu fuisse creditori eo nomine satisfactum, *l. aliquando* 13. §. 1. *ff. h. t.* ibique Ant. Faber *in rational.*

7. Quod si mulier una cum masculo intercesserit, subducta mulieris persona, solus masculus in solidum a creditore conveniri potest; sibi quippe imputaturus, quod intercesserit cum muliere, quam sciebat aut scire debebat non posse ex sua intercessione teneri, *l. si Titius* 4. 8. *ff. de fidejussor.* Nisi mulier pro sua parte in suum commodum intercesserit, de quo casu agit *l. vir uxori* 27. §. *ult.* & ei cohaerens *d. l.* 18. *ff. h. t.* Vel nisi id actum sit, ut & mulier & masculus viriles tantum partes singuli deberent; uti id actum in casu, *l. si paternam* 8. *C. h. t.* in qua dum Imperator Gordianus rescripsit inter alia, *patrem*, cujus obligationem filii & filiae in se receperant, *in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filia non intercessisset*, ac mox, *pignora, quae in priore fuerant* patris *obligatione, retenta teneri, quatenus eo ad patrem per restitutoriam actionem redit*, aperte supponitur, filios filiasque non singulos in solidum, vel viriles tantum in partes pro patre debitore intercessisse.

8. Ceterum *intervenire*, & *intercedere* hoc loco non est, pro alio supplicare, & delicti gratiam petere, quo sensu occurrit, in *l. quisquis* 5. §. *denique* 2. *C. ad leg. Jul. majest.* nec impedimento esse, quo minus id fiat; quo modo olim tribuni plebis saepe intercedebant decretis patrum, aliisque; sed potius se medium inter debitorem & creditorem interponere. Quod tribus potissimum modis contingit, dum mulier vel eam obligationem, quae in alterius persona constitit, in se transfert; vel eam participat; vel ipsa se pro alio pecuniam accipiente ream constituit, *l. senatusconsultum* 4. *C. h. t.* sive re, sive verbis, sive alio quocunque contractu interveniat, *l.* 2. §. *tenens.* 4. *ff. h. t.* adeoque, ut per species eatur, patiendo se delegari cum debitrix non esset, expromittendo, novando, fidejubendo, pignora dando, mandando, constituendo, debitorem in judicio defendendo, judicatum subeundo, novam obligationem contrahendo pro alio, alioquin suo nomine contracturo, *l.* 2. §. *ult. l. quamvis* 8. *pr.* & §. *si convenerit* 8. & §. *si, cum essem* 14. *l. ult.* §. 1. & *passim ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. de constit. pecun.* respondendo per errorem, se heredem esse, vel servi dominam, ad interrogationem in jure factam an heres sit, aut an ipsius sit servus qui nocuit, cum non esset, nec bona fide servum possideret, *l. si mulier in jure* 23. *l. si mulier, intercedendi* 26. *ff. h. t.* mandando alteri, ut is pro alio intercedat, *l. si fidejussores* 6. *l.* 7. *l. ult.* §. *si mulier* 3. *ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 21. *def.* 28. alieno nomine in arbitrum compromittendo, *l. non distinguemus* 32. §. *si mulier* 2. *ff. de receptis*, damnosam adeundo hereditatem, cum ad id fraude creditorum inducta

esset, ut æs alienum defuncti susciperet, *l. ult. in pr. ff. h. t.* promittendo pecuniam, ne a suo creditore delegatur, *l. debitrix* 24. *ff. sed si* 1. *ff. h. tit.* indemnitatem promittendo tutori, qui metuens forte, ne in pupillos erogata ob eorum inopiam non recipiat, tutelam pupillorum suscipere declinat: in quantum tunc pro pupillis, tanquam ex tutelæ administratione ac judicio contrario futuris debitoribus, intercedere censetur apud tutorem eadem ex tutela futurum creditorem; ut proinde hic inveniatur debitor pro quo, & creditor alius, apud quem, intercessio fit, *l. si mater* 6. §. 1. *C. h. t.* Cui simile est, si, cum propterea de adeunda hereditate dubitaret heres, quod parum idoneæ nomina debitorum viderentur, mulier repromiserit, se, quanto minus a quoquo eorum servari posset, præstituram, *l. tutor* 19. §. *quid ergo* 4. *ff. h. tit.* Quod si indemnitatem mulier promiserit, sed non inveniatur persona distincta debitoris, pro quo, & creditoris apud quem, posset videri intervenisse, nec intercessio facta creditur, nec senatuscons. auxilio mulier tuta est; cum vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit, idque secundum factorum species, quæ proponuntur in *l. quamvis* 8. §. *si mulier* 1. *l. tutor pupilli* 19. *pr.* & §. 1. 2. *ff. h. t.* Etenim in *l.* 19. cum tutor defunctus male tutelam gessisse existimaretur, ac heres ab eo institutus dubitaret hereditatem adire, ne a pupillis ex male gesta per defunctum tutela conveniretur, persuadente pupillorum matre & indemnitatem promittente adivit. Qua in specie, quia mulier non pupillis creditoribus, sed heredi tutoris ex gestione defuncti & aditione secuta debitori, indemnitatem promisit, videri non potuit apud pupillos, sed pro debitore pupillorum apud ipsum debitorem intercessisse. Simili modo, quia tutores, prædia pupillaria cum detrimento pupillorum distrahentes, inde pupillis ex tutelæ judicio debitores futuri erant, ideo mulier ipsis distractionem suadens ac indemnitatem promittens, & ita pro iisdem apud eosdem interveniens, neque veterem neque novam obligationem alienam suscepisse, sed ipsam fecisse hanc obligationem, nec exceptione juvandam esse, Ulpianus in *d. l.* 8. §. 1. docet. De cetero non interest, pro quo intercesserit, utrum pro extraneo, an pro conjuncta persona, veluti filio, vel patre, *l. si cum ipse* 5. *l. si paternam* 8. *C. h. t.*

9. Cessat hæc exceptio pluribus in casibus; puta, si mulier ei renunciaverit, quod potest, tum in judicio, tum extra judicium, si beneficii sui certiorata sit; quia in mulieris utilitatem & favorem id introductum est, & cuique licet juri pro se introducto renunciare, *l. ult.* §. *pen. ff. h. t. l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. pen. C. de pactis*, diss. Donellus *comment. jur. civil. libr.* 12. *cap.* 52. *vers. quartum*, si modo specialiter, non generaliter tantum, huic beneficio renunciatum sit; cum vix ullarum sint virium generales & vagæ jurium omnium & exceptionum renunciationes, arg. *l. sed & si quis* 4. §. *quartum* 4. *ff. si quis. caut. in judic. sist. caus. fact. non obt.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *obs.* 77. *numer.* 3. & *seqq.* Nec recte objicitur, eadem facilitate eam renunciaturam, qua intercedit, *l. si mulier perfecta* 22. *C. h. t.* Non enim aliud illa lege asseritur, quam, pari facilitate mulierem secunda vice intercedere, qua prius intercessit; unde minime sequitur, eam simili temeritate, qua intercedit, juri suo renunciaturam, postquam & juris sui & imminentis ex intercessione damni admonita, intelligit, impositam sibi fore solvendi necessitatem. *Virile* quidem, & quodammodo *civile* munus dicitur intercessio, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l.* 2. *ff. de reg. juris.* Sed non alio respectu, quam quatenus Vellejano senatusconsulto comprehensum fuerat, ne pro ullo fœminæ intercederent, adeoque quatenus efficaciter ex sua non obligabantur intercessione, Vellejani exceptione munitæ. Cautum scilicet in earum favorem, ne intercederent; non cautum, ne huic favori pro se introducto renunciarent, & eo modo semet aptas efficerent ad interveniendum. Qua ratione tutelæ munus etiam virile dicitur, *l. tutela* 16. *l. ult. ff. de tutelis*, & publicum, *princ. instit. de excus. tut.* neque tamen eo minus mulierem matrem & aviam tutrices esse posse certum est, si renuncient senatusconsulto Velleiano, *tit. C. quando mulier tut. off. fungi possit.* Ne dicam, in *l.* 2. *ff. de reg. juris per interventionem* non designari omnem illam intercessionem, quæ Vellejano reprobata fuit, sed judicii pro alio susceptionem sine mandato; prout id suadent reliqua antecedentia & subsequentia illius legis, dum ex præmissa regula, qua fœminæ ab omnibus civilibus & publicis officiis remotæ dicebantur, conclusio sit, quod *nec judices esse possint, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire*, scilicet in judicio sine mandato, sive tanquam defensores reorum vocatorum, sive tanquam pro conjunctis personis agentes (qualia viris, non fœminis, permissa, §. 5. *inst. de satisd. l.* 35. *ff. de procurat.* junct. *l.* 18. *C. de procurat. l.* 31. §. *pen. ff. de negot. gestis*) ac denique *nec procuratores*, adeoque nec ex mandato pro aliis in judicio stare: atque ita enumeratione tali significatur fœminas ab omnibus illis officiis, quæ ad judicium pertinent, abstinere oportere. Nec recte regesseris, neminem favori pro se introducto renunciare, quoties vitium aut defectus personæ, veluti minorennitas aut sexus fragilitas, privilegio causam dedit; minorem ideo non recte renunciare ætatis auxilio seu restitutioni; quod autem in minore ætas, id in muliere sexus fragilitatem operari. Sciendum enim, in minoribus quidem etiam post certiorationem beneficii, quod ætati adversus læsionem concedi solet, adhuc durare defectum judicii; quo fit, ut, qua temeritate ad contrahendum processerunt, eadem quoque suo essent ætatis auxilio renunciaturi: at ex quo mulier plene instructa fuerit, quæ intercessionis sequela, quique effectus sint, ac plerumque post intercessionem præsto noxam esse, præsumendum non est, eadem sexus imbecillitate per mulierem Vellejano renunciatum esse, qua intercedit, dum minus mulier quam masculus creditur velle suum jactare; sed magis omne intercessionis impedimentum, sexus nempe fragilitas, per læsionis imminentis & beneficii commemorationem ac deinde subsecutam ejus renunciationem sublatum est. Quod & hodiernis moribus plenissime comprobatum, Fachineus *controv. libr.* 1. *cap.* 60. Grotius *manud. ad juris. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 27. Sande *decis. Frisic. libr.* 5. *tit.* 11. *definit.* 6. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 77. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Adeo ut nec ob enormem, quam ex intercessione ac re-

nunciatione mulier passa est læsionem, restituenda videatur; nisi talia adsint, propter quæ & masculis, ex sua intercessione enormiter læsis, succurrendum foret; cum sui beneficii renunciatione quantum ad intercessionem sese viris exæquaverint: licet aliter placuerit Andreæ Gayl. *d. l. 2. observ. 77. n. 11. & seqq.* Quinimo si mulier ante breve tempus pro alio intercesserit non ignara juris sui, cum hujus senatusconsulti renunciatione, mox alio in negotio rursus sine beneficii sui renunciatione intercedat, magis est, ut ex intercessione illa secunda efficaciter obligetur; cum certioranda non sit, quæ beneficii sui non pridem admonita, etiamnum ejus memor creditur, *l. 1. in fine ff. de act. emti*, & fraude non careat, quæ, sciens se gaudere Vellejani exceptione, tamen intercedit. Quæ forte ratio, quod in Gallia nullus hujus senatusconsulti usus est, dum illic sagaciores creditæ mulieres, quam ut ignorarent, intercessionis comitem plerumque patrimonii diminutionem esse; teste Mornacio, Autumno, aliisque apud Groenewegen *ad rub. C. h. t.* (vide tamen Argentræum *ad consuet. Britan. art.* 216.) Nec interest, utrum ipso intercessionis momento mulier huic suo beneficio renunciet, an ex intervallo; usque adeo, ut & ex rebus ipsis ac factis renunciatio non perperam subinde colligatur, dum plerumque nihil interest, expresse, an rebus ipsis & factis, consensus declaretur, arg. *l. de quibus 32. §. 1. in med. ff. de legibus, l. non tantum 5. ff. rem ratam haberi.* Qua ratione in Frisia judicatum, heredes mulieris, sine renunciatione intercedentis, Vellejani exceptione tueri sese non oportere, quoties mulier suo præcepit testamento isti creditori, apud quem intervenerat, satisfieri, fidemve suam liberari, Sande *decis. Frisic. lib. 3. t. 11. defin. 7.* Similiter parum refert apud nos, an publico an privato instrumento mulieris intercessio, renunciatione munita, comprehensa sit, Groenewegen *ad l. 23. C. h. t.* quamvis jus Romanum, quo adhuc Frisia utitur, publicum instrumentum requirat, *l. antiqua 23. §. ult. C. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib. 3. tit. 11. defin. 2.*

10. Quia vero beneficiorum renunciationes strictam recipiunt interpretationem, quippe continentes quandam liberalitatem jurisque remissionem; neque quisquam facile creditur voluisse jactare suum, *l. cum de indebito 25. pr. in med. ff. de probat.* hinc, si mulier pro marito suo intercesserit, & renunciaverit exceptioni Vellejani, non tamen eo ipso etiam renunciasse intelligitur authenticæ *si qua mulier C. h. t.* qua vetitum, ne pro viris suis uxores interveniant, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 3. numer. 28. 29.* Sande *d. lib. 3. t. 11. defin. 4.* etiamsi publica mercatrix esset, Neostadius *de pactis antenup. observ. 18. numer. 5. & 6. & observ. 19. in fine.* Ut tamen haud dubitandum videatur, quin pari jure ac fundamento possit nominatim renunciari d. authenticæ *si qua mulier C. h. t.* & dispositioni novellæ 134. *cap. & illud vero* 8. quo senatusconsulti ipsius renunciatio permissa fuit; cum non magis, nec alio sensu, sententia authenticæ, quam senatusconsulti, ad publicam respiciat utilitatem, & utrobique intercessio, tanquam temeraria & ab imbecillitate sexus profecta, improbata fuerit; ac denique ex renunciatione interposita utrobique pateat, nihil per mulierem inconsiderate actum fuisse, postquam suorum est admonita jurium ac beneficiorum, Grotius *d. lib. 3. cap. 3. n. 19.* Groenewegen *ad d. auth. si qua mulier C. h. t.* licet juratam hujus authenticæ renunciationem desideret Berlichius *conclus. pract. part. 2. concl. 19. numer. 63.* Sande *d. lib. 3. t. 11. defin. 3. & 4.* aliique ibidem citati. Quid, quod & sine renunciatione Vellejani ac authenticæ *si qua mulier*, pro marito intercedens, efficaciter obligata redditur, quoties & quatenus marito debet, vel se debere apud creditorem fingit ignorantem; cum hactenus vel non lædatur ex sua intercessione, vel in pœnam fraudis eam teneri justum sit. Cui addit Antonius Faber, non oportere juvari mulierem, si se obligaverit pro marito liberando, qui non ex causa æris alieni, cujus intuitu per cessionem bonorum a carceris squallore liberari poterat, sed ex causa delicti, in carceres detrusus erat; aut, si se ad eludendam executionem, quæ fiebat in bona mariti, obligaverit pro marito, *Cod. Sabaud. lib. 4. t. 21. defin. 16. 17. 19. in fine & 21.* Denique nec audiendam esse, quæ pro marito suo intercessit jurato, Canonici juris interpretibus visum fuit, Rittershusius ad *novell. part. 2. cap. 4. n. 20.*

11. Non etiam Vellejano locus est, si mulier alteri donet, vel si pro debitore solvat, vel suum debitorem creditori alterius deleget sine intercessione, vel pignus, quod ut creditrix tenebat, restituat, cum & in hisce liberalitatis species sit: sive pecuniam solvendi causa numeret, sive rem quamlibet suam in solutum det, sive pecuniam mutuam acceperit, aut rem suam alteri vendiderit, ut ex pretio donaret, aut solveret, cum intercessio non præcesisset: senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti, quia facilius se mulier obligat, quam alteri donat, *l. sed si ergo 4. §. 1. l. quamvis 8. pr. & §. plane si 5. l. si pro aliquo 21. §. 1. ff. h. t. l. senatusconsul. 4. in fin. C. h. t.* nisi color senatusconsulto quæsitus sit, ut mulier venderet creditori potius, quam apud eum contra senatusconsultum intercederet, arg. *l. quidam voluit 29. §. Fabius 1. ff. h. t.* de quo casu accipienda *l. ult. §. item si 2. ff. h. t.* atque ita cum legibus ante allegatis concilianda. Confer Ant. Fabrum *C. lib. 4. t. 21. defin. 19. & rationál. ad d. l. ult. §. 2. ff. h. t.* Neostadium *curia supr. decis. 42.* Caret quoque hoc beneficio, si dolose decipiendi causa intercesserit, *l. 2. §. sed ita 3. l. si mulier 11. l. si mulier 23. ff. h. t. l. si sine 5. C. h. t.* ai post biennium intercessionem priorem repetierit pro extraneo, non pro marito suo, *l. si mulier perfecta 22. C. h. t.* junct. *novell. 134. cap. & illud vero* 8. si debitor id, pro quo mulier intercessit, eidem jam persolverit, ut ipsa creditori satisfaceret, *l. si mulier 16. l. si mulieri 22. ff. h. t.* vel si debitor id, quod alteri debebat, mulieri solverit, caventi, creditorem id ratum habiturum, ne is postea id ratum habeat; cum his in casibus mulier non de damno evitando agat, sed lucrum captet, *l. si mulieri solvero 15. ff. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib. 3. t. 11. defi. 1.* Grotius *manud. ad juris. Holl. lib. 3. c. 3. n. 24.* Si pro intercessione pretium acceperit, quantumcunque illud fuerit, sive majus, sive exiguum; cum lex non distinguat, sed id unum exigat, quod mulier *ab initio, vel postea, aliquid acceperit, ut se interponat*; & hic lucrum magis captasse intelligatur, recipiendo periculi pretium, quam damnosam

fecisse intercessionem, *l. antiquæ* 23. *C. h. t.* Donellus *comment. jur. civilis lib.* 17. *cap.* 32. *vers. tertium.* Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 234. si pro dote, vel libertate, aut alia causa pia admodum ac favorabili intercesserit, *l. pen. & ult. C. h. t.* junct. *l. cum is, qui* 32. §. *mulier* 2. *ff. de condict. indeb.* Tiraquellus *de privilegiis piæ causæ* 113. Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *tit.* 21. *defin.* 14. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 53. *thes.* 12. Responsa Juriso. Holl. *part.* 2. *consil.* 317. Si intervenerit apud creditorem minorem, & is a debitore, in quem actio restituenda est, non possit suum consequi; quippe quo casu major ætatis quam senatusconsulti ratio habenda fuit, *l. si apud minorem* 12. junct. *l.* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis.* Si in rem suam ac propriam utilitatem, vel saltem sine suo detrimento intercesserit, dum ipsa forte debitrix erat, aut id, pro quo intercessit, etiam sine intercessione præstare obstricta, *l. frustra* 2. *C. h. t.* veluti si in causa sibi cum alio communi, *l. vir uxori* 17. §. *ult. ff. h. t.* vel pro eo, quem creditori suo delegabat, *l. bona fide* 27. §. *ul. ff. h. t.* cuive a suo creditore delegata erat, *l. debitrix* 24. *pr. ff. h. t.* vel si defendat eum, qui adversus ipsam regressum habet, procuratorem, venditorem hereditatis, vel etiam emtorem hereditatis aut rei singularis, aliumve similem, cui de evictione tenetur, quique damnatus regressum adversus eam habet, *l. sed si eum* 5. *ff. h. t.* vel pro marito inope alimenta in usum familiæ comparante interveniat; cum ad inopem maritum familiamque alendam obligata sit, arg. *l. ubi adhuc* 29. *C. de jure dot. l. alimenta* 11. *C. de negot. gestis.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 21. *defin.* 8. Cessat denique senatusconsulti beneficium secundum mores hodiernos, si mulier, quæ publica mercatrix est, intercesserit pro alio eorum intuitu, quæ ad istam, quam exercebat, spectant negotiationem; non item si in aliis, arg. *l. & si a muliere* 4. *C. de instit.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 9. *art.* 10. *numer.* 3. Tuldenus *ad t. C. ne uxor pro marito. num. ult. in fine,* Neostadius *de pactis antenupt. obs.* 19. *in fine,* Rittershusius *ad novellas part.* 2. *cap.* 4. *num.* 23. 24. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 90. *n.* 5. Groenewegen *ad rubric. C. h. t.* Cui addunt mulieres illas, quæ territorio præsunt, & majestatem, vel regalia habent; tum quia in tales fœminas, consilio & consiliariis haud destitutas, non tam facile aliqua imbecillitas aut imprudentia cadit, ob quam aliis tenuioris fortunæ & loci humilioris mulieribus subventum est; tum quia is, qui illarum fidem sequitur, non tam sexum, quam illustrem dignitatem administrationemque, per omnia virili similem, respexisse censetur, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 15. *defin.* 9. Heringius *de fidejussoribus cap.* 7. *n.* 517. *& seqq.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 12. *in fine.* Quod admitti poterit in iis intercessionibus, quas facit, quatenus dignitatem publicam sustinet, ac qua talis; in ceteris namque privatis negotiis si tanquam alia persona privata intervenerit pro tertio, ratio nulla est, cur non sese teneretur Vellejani exceptione, exemplo mulieris, publicæ mercatricis, quæ, ut ut in negotiis ad mercaturam spectantibus sagacissima fuerit ac prudentissima, in aliis tamen sexus fragilitate labi ac capi potest, Vellejani beneficio non destituenda. Unde & post motam hanc de illustribus mulieribus controversiam, plures hæsitantes eam indecisam reliquerunt, Pyrrhus Maurus de *fidejussoribus part.* 2. *sect.* 8. *cap.* 5. *num.* 132. 133. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 53. *num.* 7.

12. Quod si mulier ex intercessione obligata jam solverit, quod ita debebat, si quidem sciens, se Vellejani exceptione tutam esse, condicere solutum non potest, *l. quamvis* 9. *C. h. t.* eo quod consulto dati indebiti donatio est, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris,* donanti autem mulieri per Vellejanum non succurrit, *l. sed si ego* 4. §. 1. *ff. h. t.* Si vero ignara fuit beneficii, soluti, velut indebiti, repetitionem ab eo, cui solvit, habet, *l. exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. regula est* 9. *ff. de juris & facti ignorantia,* nisi malit adversus eum, pro quo intercessit & solvit, mandati aut negotiorum gestorum actione experiri ad indemnitatem, *l. pen. ff. h. t.*

TITULUS IV.

De Compensationibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit compensatio? unde dicta & quæ æquitas ejus? quid sit pariatio?*
2. *Compensatio jure novo tollit debitum ipso jure, ex quo capite utrimque deberi, licet ex uno latere usurarium sit, vel sub pœna debitum. An condici possit ut indebitum, quod potuerat compensari? An compensatio jure civili & hodierno post sententiam opponi possit in executione? an in appellatione?*
3. *Reus compensationem allegans non fatetur eo ipso se debitorem esse; aut, si eam omittat, sciens prudens, non censetur adversario remisisse debitum. Nisi conjuncta persona id sæpius sciens prætermiserit; cum nulla appareret justa causa, cur non compensaverit.*
4. *Compensatio uni tutori potest objici respectu ejus, quod alter tutor nomine pupilli debet. An cessionario compensatio ejus, quod cedens vel ipse cessionarius ex suo capite debet? Quid juris, si primus pure debeat secundo, secundus primo sub conditione, sed ea lege addita, ut existente conditione compensaret; & primus cedat actionem tertio, tertius autem existente conditione agat cum secundo?*
5. *Cessionario quarto objici potest compensatio ejus, quod primus vel secundus vel tertius cedens debet: nec compensationem impedit, quod cedens jam desierit solvendo esse: nec refert, voluntaria an necessaria cessio sit.*
6. *Non recte objicitur cessionario, si is cum debitore cedentis novaverit, vel ex delegatione plena eum sibi obligatum cœperit habere.*
7. *Compensat reus id tantum, quod sibi ab actore vicissim debitum, non quod a tertio, licet is consentiat, nisi insuper actionem cedat; ubi de duobus reis stipulandi & promittendi; & de executore non compensante pretium rei subhastatæ a se exactum, cum eo, quod creditores in lite victores vicissim ei debent.*
8. *An tutori, suo nomine agenti, id quod pupillus debet? An tutori pupilli nomine agenti id quod*

tutor suo nomine debet? An tutor, suo nomine conventus, compenset id, quod pupillo debetur? & vice versa?

9. *Quid si debitor pupilli, qui tutoris creditor est, aut vice versa foro cesserit, an & tunc tutor suo vel pupillari nomine conventus compensationem objiciat; & quid si quis ex sua persona sit debitor simul ac creditor ejus, qui foro cessit? An rescriptum moratorium a debitore impetratum impediat compensationem, si is alia ex causa creditum persequatur?*

10. *De tutoribus dicta, obtinent & in procuratoribus, institoribus. An & in sociis, ac moribus in marito & uxore?*

11. *Quid juris in debitore & fidejussore ejus in patre & ejus filiofamilias? in herede suo nomine debitore, ac creditore nomine hereditario? & quid, si hereditatem adiverit cum beneficio inventarii?*

12. *Qualia debita compensari possint? An pœna pecuniaria ex delictis aut publicis criminibus? An pœnæ publica non pecuniariæ?*

13. *An debitum mere civile? An debitum naturale tantum etiam cum eo, quod naturaliter & civiliter debitum est?*

14. *Recte compensatur, quod certo loco debitum; quod jam alio in loco cœptum peti; debitum ex sententia fiduciariam solutionem continente; impensæ litis, in quas quis damnatus est, debita intra certum tempus exigenda cum aliis exactionem perpetuam habentibus; id quod quis se soluturum juravit. An & debitum hypothecarium cum chirographario? an sors annui reditus cum alia sorte reditus aliove debito.*

15. *Non habet locum in deposito. An non depositum saltem pro impensis necessariis retineri possit?*

16. *Nec in causis momentaneæ possessionis; nec in reparatione attentatorum; nec in tributis & vectigalibus, aut eo quod fisco debitum ex causa annonaria; nec in debito reipublicæ ex calendario vel ex fideicommisso; nec in pretio rei per fiscum venditæ; vel mercede vectigalium, nec in alimentis futuris; nec in implemento conditionis dandi decem; nec pretia rerum auctione publica in utilitatem creditorum auctoritate judicis venditarum. An in canone annuo? An debitum unius tabernæ, cum debito alterius tabernæ?*

17. *Requiritur ad compensationem, ut debitum sit liquidum & purum.*

18. *Necesse etiam ut sit utrimque debita res fungibilis ejusdem generis. An corpus utrimque in genere debitum? An corpus cum quantitate? An pecunia, quoties ut corpus consideratur?*

19. *An rejecta per judicem compensatione adhuc debitum illud peti possit?*

20. *Jus retentionis differt in multis a jure compensationis. Recensentur casus, in quibus jus retentionis locum habeat; maxime retinetur res in quam impensa facta vel circa quam artificium adhibitum. Jus retentionis transmittitur ad successores universales & particulares.*

21. *An jus retentionis habens teneatur rem reddere, si ei cautio de solvendo debito offeratur?*

1. Compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. ff. h. t.* vel, ut Cujacius in *paratit. ff. & C.* per æris sui computationem ab ære alieno liberatio; & computatio vice mutua debitæ quantitatis. Ita appellata ab antiquo æris appendendi more, nummo necdum adinvento quidem, vel invento quidem, sed adhuc appendi magis quam adnumerari solito; quo eveniebat, ut æqualis utrimque debita æris quantitas, simul pensata, desineret utrimque debita esse, & id solum ex uno latere remaneret in credito, quod prægravans non simul pensabatur. Cui compensationi non plane absimilis *pariatio*, scriptura, qua rationes accepti & expensi pari quantitate continentur, aut sibi invicem opponuntur, ac comparantur, si impar sit quantitas, ut ita subducta quantitate pari accepta & expensa constet quantum in *reliquis* sit: unde & *pariator* opponitur *reliquatori* vel *reliqua habendi*. Vide *l. ult. §. idem quær. 3. ff. de condict. indeb. l. Julius Paulus* 81. *ff. de condit. & demonstr. l. is qui suis* 4. *§. proinde* 5. *ff. de manumission. l. Sticho libertas* 40. *§. argentarius* 8. *ff. de statuliberis*, Ravard. *lib. 3. variorum cap.* 9. qui & non *paratam* sed *pariatam obligationem* putat oportere legi in *l. manifesti* 17. *C. de solution.* Summam autem compensatio æquitatem habet, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, *l. ideo* 3. *ff. h. t.* nec dolo carere intelligatur, qui petit quod redditurus est, *l. dolo facit* 8. *ff. de doli mali & metus excep.* denique expedit reipublicæ lites diminui, *l. quidam* 21. *in fin. ff. de reb. credit.* ad quod non parum compensatio proficit.

2. Compensationis effectus est, quod solutionis vicem obtineat, adeoque pro rata debitum utrimque ipso jure minuatur, *l. si constat* 4. *C. h. t. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. vel permutavit* 19. *ff. de liberali caura.* Licet enim olim in solis bonæ fidei judiciis ipso jure quis per compensationem tutus esset, in stricti vero juris negotiis tantum opposita doli mali exceptione, *§. in bonæ fidei* 30. *inst. de action.* tamen jure novo stricti juris negotia hac in parte iis, quæ sunt bonæ fidei, fuerunt exæquata; ut ipso jure ad concurrentem usque quantitatem obligatio extinguatur, *d. §.* 30. Cui consequens, ut & liberentur ipso jure fidejussores ac pignora, *l. verum est* 4. *ff. h. t. l. invicem* 12. *C. h. t.* usurarum etiam cursus sistatur concurrentis apud utrumque quantitatis, ex quo primitus cœpit utrimque deberi, sive æquales utrimque, sive inæquales ex pacto, vel mora, vel stipulatu usuræ debitæ fuerint, sive debitum principale alterum usurarium fuerit, alterum nullam habuerit usurarum accessionem; *l. cum alter* 11. *l.* 12. *ff. h. t. l. si constet* 4. *l.* 5. *C. h. t. l. ejus quantitatis* 7. *C. de solution.* atque insuper is, qui ob moram in pœnam aut mulctam incidit, eandem evitet, si tempore solutionis, ad pœnam evitandam faciendæ, habuerit jus compensandi, arg. *d. ll.* junct. *l. cum quidam* 17. *§. si pupillo* 3. *ff. de usuris*, Guido Papa *decis.* 471. *numer.* 5. Ant. Faber *C. libr.* 4. *t.* 23. *defin.* 4. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 40. *n.* 10. 11. Zoesius *ad Pand. h. t. numer. ult.* Quamvis ergo verum sit, opponendas seu allegandas esse in judicio compensationes, ut judex earum possit rationem habere, & eatenus dici possint *facti* esse, *§. pen. instit. de action.* effectus tamen earum totus *juris* est, & existit ante allegationem; quippe quæ non ad inducendam compensa-

tionem pertinet, sed magis ad manifestandum, eam retro ab eo tempore, quo cœpit utrimque deberi, jam a jure factam esse, nec extingui obligationem, sed jam ante extinctam fuisse monet. Unde & procurator absentis conventus, ac compensationem allegans, non tenetur eo nomine de rato cavere, quia, ut Paulus ait, *nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*, debito scilicet per compensationem ipso jure jam diminuto, *l. postoaquam* 21. *ff. h. t.* Eoque nititur fundamento, quod si id, quod compensationis ope poterat non solvi, solutum fuerit, tanquam indebitum condici possit, *l. ideo* 3. *l. si ambo* 10. *§. si quis* 1. *h. t.* longeque magis post sententiam, ad impediendam executionem ejus, compensationis objectio permissa sit, *l. ex causa* 2. *C. h. t. l. cum militi* 16. *§.* 1. *ff. h. t.* Quod & hodiernis moribus servari æquum videtur, eo quod per compensationis allegationem non tam impugnatur sententia, quam potius reus condemnandus ei acquiescere ac obtemperare paratum sese profitetur. Si enim naturali solutione ejus, ad quod damnatus est, judicato satisfaciat, non minus satisfacit debiti liquidi compensationem offerendo; dum nihil interest, solvat, *l. si constat* 4. *h. t. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign.* Matth. de Afflictis *decis.* 121. Sebast. Medices *de compensat. part.* 2. *quæst.* 25. Ant. Faber *C. libr.* 8. *t.* 24. *defin.* 2. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 17. *numer.* 10. Besoldus *delibati juris ad Pand. libri* 16. *quæst.* 2. *post med.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 8. *def.* 6. *in fine*, *& def.* 15. Responsa Jurisconsult. Holland. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 47. Contra quidem in Hollandia judicatum esse refert Neostadius *supr. Curiæ decis.* 93. Sed jure communi Hollandos adhuc uti, asserit Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 36. *numer.* 2. & judicatum esse, eam in executione posse opponi, ut curia judicet, quanto minus via executionis petendum sit, commemorat auctor *Appendicis decisionum Curiæ Holl. post Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 11. Eoque facit, quod utraque Hollandiæ curia judicavit, instrumento, voluntariæ condemnationis clausulam continenti, recte objici compensationem; uti vulgo instrumentis guarentigiatis eam aliis in locis apponi, moris est, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 3. Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 16. *quæst.* 2. *post med.* Leeuwen *cens. for. d. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 36. *numer.* 6. 7. ibique plures citati. In appellatione sane eam, quæ in prima lite prætermissa erat, compensationem allegari posse, dubium vix est, Ant. Faber *C. libr.* 4. *t.* 23. *defin.* 13. Gothofredus *in notis ad rubric. h. t.*

3. Non tamen compensationis per adversarium apud judicem oppositæ effectus est, quod eam opponens fateri videretur, se ejus, quod petitum, debitorem esse. Non enim existimatur confiteri de intentione actoris is, quocum agitur, quia utitur exceptione, *l. non utique* 9. *ff. de exception.* neque quisquam pluribus prohibetur defensionibus & exceptionibus uti, licet diversæ sint, quoties lex impedimento non est, *l. nemo* 8. *ff. de except. l. nemo ex his* 43. *ff. de reg. jur.* ne autem quis modum, quo ipso jure, an eum, quo exceptione sola tutus est, alleget in judicio, hujus quidem quæstionis intuitu, non multum refert; maxime si consideres, *nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem*, in judicio oppositam, *infirmetur*, *l. nihil interest* 112. *ff. de reg. juris*, neque fas est, deterioris esse conditionis eum, qui potentiore sese defendit liberationis modo, quo ipso jure se tutum asserit, quam qui defensione, aliquo respectu debiliore, utitur, dum se exceptione munitum ait. Fachineus *controvers. lib.* 11. *cap.* 6. Vice versa, si quis non compensaverit, cum id posset, sed solverit petita, non est intelligendus eo ipso remisisse adversario, quod is vicissim debet: cum nemo præsumatur voluisse jactare suum, & multæ possint esse causæ, propter quas quisque, adversario ita desiderante, solvere malit, quam pensare; dum forte id, quod vicissim debitum, usurarium est, vel alia quacunque ratione expedit reo convento, integrum servare potius suum jus crediti, quam id agere, ut evanescat. Quod Julianus velle videtur, cum in *l.* 2. *ff. h. t.* ait, unumquemque posse creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovere, *si paratus est compensare*; non obscure iis verbis id totum arbitrio rei conventi relinquens. Quod & Ulpianus tutori actione tutelæ convento permittit, *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contrar. tut. & utili act.* eo fere modo, quo is, qui rei venditæ & traditæ exceptionem habet, conventus ab illis, qui evictionem præstare debent, statuere secum potest, an magis illa exceptione rem sibi servare velit, an magis evincenti cedere, salvamque sibi ad duplum vel id quod interest evictionis nomine conservare ex stipulatu actionem, *l. vindicantem* 17. *ff. de eviction. tot. t. ff. de except. rei vend. & traditæ.* Plane si quis, habens compensandi facultatem, nec id ignorans, sæpius compensatione uti prætermiserit, probabilem nullam habens causam, cur magis suum creditum sibi voluerit salvum esse, quam compensatione tolli, non improbabilis tunc remissi debiti conjectura est, maxime inter conjunctas personas, inter quas facilius, quam quidem inter extraneos, liberalitatis præsumtio admissa est, *l. Procula* 26. *ff. de probat.* junct. *l. cum alienam* 10. *C. de legatis.*

4. Opponi potest compensatio quibusvis creditoribus, etiam pupillis, sive ab extraneo, sive ab ipso tutore tutelæ actione convento, *l. si tutores* 11. *C. h. t. l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contraria tut. & utili act.* usque adeo, ut divisa plures inter tutores unius pupilli tutela, compensari possit uni tutori nomine pupilli experiunti, quod reo convento debitum pupillari nomine ab altero tutore aliam tutelæ partem administrante, *l. inter tutores* 36. *ff. de admin. & peric. tut.* Cessionariis quoque actione cessa agentibus, tum ratione ejus, quod ipsi suo nomine debent ei, contra quem actione cessa experiuntur, tum etiam respectu ejus, quod ipse cedens vicissim debet, si modo debuerit, ante cessionem, atque ita ei compensatio objici potuerit. Cum enim ipso jure ad concurrentem utrimque quantitatem debitum evanuerit ipso illo momento, quo quid incepit utrimque deberi secundum ante dicta, cedi non potuit adversus debitorem actio, nisi ea pro parte, quæ post confusum debitum & creditum atque ita extinctum restabat exigenda, arg. *l. verum est* 4. *&* 5. *ff. h. t.* Ant. Thesaurus *dec.* 221. Zoesius *Pand. h. t. nu.* 29. Joh. Papon. *lib.* 12. *t.* 6. *art.* 2. *&* 5. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 314. *& part.* 5. *consil.* 25. *in fine.* Quin imo, si primus pure debens secundo, secundum non pure, sed ex die vel sub conditione

cœperit obligatum habere, ea lege addita, ut die veniente compensaret secundum id, quod ita debet, cum eo quod sibi a primo debetur, ac primus deinde, antequam dies obligationis venisset, jus suum cedat tertio; tertius veniente die contra secundum actione cessa agens, pati tenetur compensationem ejus, quod primus cedens secundo debet. Etsi enim cessionis tempore secundus necdum habuerit compensandi facultatem, dum solum liquidum & purum debitum in compensationem venit; quia tamen obligatio illa, ex die vel conditione suspensa, cedi non potuit, nisi cum sua per pactum adjectum definita qualitate modoque, consequens est, ut secundo, contra quem actio cessa fuit, non perierit per cessionem illam jus compensandi, ex conventione quæsitum: quod enim ipsis, qui contraxerunt, obstat, & successoribus eorum obstare placuit, *l. quod ipsis* 143. *ff. de reg. juris*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 287. Neque adversus hæc, quæ de compensatione cessionarii opponenda diximus, in contrarium facit, quod cessionarius neque reconventionem semper pati teneatur, ratione ejus, quod cedens vicissim debet, *l. servum quoque* 33. §. *ult. l.* 34. *ff. de procurat.* Adde *t. de judiciis numer.* 48. neque doli per cedentem commissi exceptione omni in casu repelli possit, *l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris* 27. 28. 29. *ff. de doli mali & met. except.* Etenim alia reconventionis, debitum utrinque superstes supponentis, quam compensationis, ipso jure debitum perimentis, ratio est; ut proinde a reconventione ad compensationem, tanquam disparatis, male fiat illatio, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 32. *defin.* 15. Et quod attinet exceptiones cessionario non semper opponendas, etsi verum sit tunc, cum exceptio jure est opposita, nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest* 112. *ff. de reg. juris*, non tamen inde sequitur, omnes æque exceptione repelli, ac allegatione modorum, quibus ipso jure liberatio contingit; dum plures sunt in personam exceptiones, certis tantum agentibus, non promiscue omnibus, objiciendæ, ut dictum *t. de pactis numer.* 13.

5. Nec refert, utrum primus cedens an secundus, aut tertius ei debeat, qui actione cessa convenitur. Si enim fingas primum actionem, sibi adversus secundum competentem, cessisse tertio, tertium quarto; agenti quarto non modo compensari potest, quod primus cedens debebat, sed & quod tertius, eo quod, quam primum actio fuit tertio per cessionem quæsita, protinus utrimque debitum contributione & confusione ipso jure evanuit ad concurrentem usque quantitatem, adeoque cessio fieri non potuit, nisi ejus intuitu, quod amplius ex uno latere debitum, remanserat in credito, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 17. *defin.* 2. Sed & non multum interest, utrum eo tempore, quo cessionario objicitur compensatio, cedens adhuc idoneus sit, an jam desierit solvendo esse; cum semper locum sibi vindicet ratio cedi non potuisse cum effectu actionem, nisi quatenus superest post factam a jure debiti & crediti contributionem; & uti compensari potuisset ipsi cedenti, licet ille ipso cessionis tempore solvendo non fuisset, dum in omnem eventum nihil solvens sed tantum retinens quod debet, ipse sibi abunde solvendo, & quod ad se attinet, dives esse intelligitur, juxta *l. quærebatur* 82. *ante med. ff. ad leg. falcidiam*, ita quoque jure eodem uti debet, qui cessionis interventu successit cedenti, arg. *l. quod ipsi* 143. *ff. de reg. juris.* Parum denique refert, an ex libera voluntate, an ex necessitate cessio facta sit. Etsi enim procurator in rem suam ex necessitate constitutus defendere cedentem non teneatur in reconventione, eamve pati, *l. servum* 33. §. *ult. l.* 34. *ff. de procurator.* quo fundamento motus Frisiæ Senatus compensationem reprobavit, teste Sandio *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 17. *defin.* 5. tamen a reconventione ad compensationem perperam argumentum transferri, jam supra monitum: saltem non recte hujus quæstionis intuitu, quis sive ex necessitate, sive ex libera voluntate, cessio contigerit, verum manet, non magis ex necessitate, quam libera ex voluntate, cedi posse actionem, quæ in rerum natura amplius non est; uti non erat in facti specie a Sandio proposita; in qua dum tres filii, Primus, Secundus, & Tertius, matri heredes erant, cui matri trecenta debebat Titius, Titio vicissim tertius centum ex suo capite, fieri aliter haud potuit, quam ut primo aditionis momento, Tertius ex capite matris pro parte tertia trecentorum matri debitorum cœperit Titii creditor esse, & eo ipso extinctum contributione ac confusione mutua, quod Tertius Titio, quodque Titius Tertio pro parte tertia heredi debet. Quo posito, frustra deinde per familiæ erciscundæ judicium duobus prioribus integrum adjudicatur creditum trecentorum, quippe jam ipso jure per compensationem pro parte tertia diminutum. Ut proinde Titius a primo ac secundo ad integra trecenta conventus, recte alleget, vi compensationis a jure jam factæ non ultra ducenta in credito superesse. Ne dicam, illo in casu neutiquam fuisse necessariam, sed plane voluntariam actionis cessionem, cum in rebus quidem individuis adjudicationem uni fieri necessitas flagitet; at in dividuis, imo per ipsam legem duodecim tabularum jam divisis nominibus, consolidationem, atque adeo etiam adjudicationem uti factam, sola suaserit utilitas & commodum facilioris exactionis, ut patet ex *l.* 2. §. *ult. l.* 5. *ff. famil. ercisc.*

6. Non tamen cessionario recte compensatio ab eo, contra quem actio cessa, objicitur respectu ejus quod cedens ante cessionem debuerat, quoties cessionarius cum debitore cedentis novationem fecit; aut aliter non nuda & simplex cessio actionis, sed plena delegatio consensu debitoris delegati facta est. Cum enim hisce in casibus prior obligatio, quæ inter cedentem seu delegantem & debitorem ejus consistebat, ipso jure per subsecutam novationem aut delegationem sublata sit, & ita debitor non amplius ex capite cedentis aut delegantis conveniatur, sed ex nova conventione, per quam novatio vel delegatio facta est, iniquum foret, cessionario vel delegato creditori, nunc suo nomine & proprio ex contractu agenti, opponi compensationem ejus, quod non ipse, sed tertius, quem non repræsentat, debet, arg. *l. doli exceptio* 19. *ff. de novation. l. si delegatio* 3. *C. eod. t.* Ant. Thesaurus *decis.* 221. *in fine*, Neostadius *Cur. supr. decis.* 71. Nec est, quod regeratur, neque novari neque delegari posse debitum illud, quod ipso jure per compensationem ex eo tempore, quo primitus incepit utrimque deberi, extinctum est. Etenim, quia in debitoris arbitrio secundum ante dicta positum est, an compensare velit, nec ne, hoc

ipso, quo voluit istius sui debiti intuitu ex nova delegationis vel novationis causa devinctus esse, satis rebus ipsis ac factis declarasse videtur, se nolle concesso sibi compensationi jure uti.

7. Porro debitor judicio conventus regulariter id solum compensat, quod sibi vicissim ab actore est debitum, non item quod actor tertio debet; etiamsi tertius ille in compensationem talem consentiat, *l. ejus* 9. *C. h. t. l. in rem suam* 18. *ff.* 1. *h. t.* nisi insuper reo convento suam cessisset actionem, eumdemque in rem suam procuratorem constituisset, *d. l.* 18. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 3. *C. de novation. l. procuratore* 55. *ff. de procurator.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 8. *in med.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 8. *defin.* 7. *in fine*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 47. Hinc si duo rei promittendi sint, uni convento non proderit ad compensationem, quod stipulator alteri debendi reo vicissim debeat. Et si ex duobus stipulandi reis unus agat, non recte ei objicitur compensatio de eo, ad quod alter credendi reus promissori devinctus est, *l. si duo rei* 10. *ff. de duob. reis constituend.* Nec executor rei subhastatæ recte compensat pretium ejus a se exactum, cum eo, quod creditores, in quorum gratiam fecit executionem, alia ex causa ipsi debent: eo quod pretium illud rerum a se distractarum suscipiens vel judicem vel debitorem condemnantem repræsentat, atque ita qualitate alia debitor, alia creditor est. Quod ita cautum *Instruct. Curiæ Ultraject. t.* 6. *de apparitorib., art.* 79. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 15. *numer.* 7.

8. Adhæc tutor, suo nomine contra suum agens debitorem, pati non tenetur compensationem ejus, quod pupillus ipsius adversario convento debet. Nec id, quod pupillorum nomine tutor petit a debitore pupillari, compensationem patitur ejus, quod tutor suo proprio nomine isti debitori pupillari debet, l. *pen. ff. h. t.* Quod si tutor suo nomine conveniatur a suo creditore, qui idem pupilli debitor est, magis est, ut ejus, quod tutor debet, cum eo quod debetur pupillo ipsius, compensatio admittatur; eo quod hac ratione nullum pupillo aut adversario præjudicium fit, sed potius quasi quædam brevis manus traditione debiti utriusque solutio contingit, ac sine nova lite litisve impensis crediti pupillaris exactio celebratur, cujus solutio alioquin per longas sæpe litium ambages, molestias, ac sumtus, impetranda foret. Quo faciunt ea, quæ habet Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 17. Si modo tale sit pupillo debitum, ut exactionem habeat; non item si tantum naturale sit. Nam & si tutor converso modo conventus esset pupillari nomine, non recte opponeret agenti compensationem ejus, quod sibi nomine proprio naturaliter tantum ab actore debitum, atque ita exactione destitutum est; ne per occasionem tutelæ deterior fiat actoris conditio, & onus tutelæ tutori in commodum vertatur. Sane, si id, quod ipsi tutori debetur a creditore pupillari, exactionem habeat, naturali scilicet & civili simul jure debitum, etsi non ignorem, etiam tunc deficere compensationis requisita, si vulgatos juris civilis apices sequamur, secundum quos id, quod alteri debetur, quam qui agit, compensari nequit, *l. ejus, quod* 9. *C. h. t.* nec, quod tutori debetur, videri potest debitum pupillo convento, ac per tutorem in judicio defenso; tamen, si merum jus naturæ ac gentium intuemur, & totius rei æquitatem, rationem non animadverto, cur æquitas compensationis videri posset hoc casu deficere; cum utique tutori liberum sit, de suo solvere pro pupillo suo, secundum generalia juris principia, nec intersit, solvat an penset, *l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si constat* 4. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 8. Carpzovius *defin. for. part.* 2 *constit.* 8. *defin.* 7. Et quamvis verum sit, alium pro alio solvere posse, non efficaciter alteri in proprii sui crediti compensationem consentire, *l. in rem suam* 18. *ff.* 1. *ff. h. t.* tamen, cum tertius ille creditor mediante actionis cessione potuisset compensationi locum facere, dum & id recte compensatur secundum antedicta, quod ex actione cessa vicissim debetur, iniquum foret, pupillarem ætatem, quæ sola impedimento est, ne pupillus tutori vel tutor pupillo actionem cedat, hac ratione damnosam pupillo esse, & deteriorem ejus, quam majorennium, conditionem.

9. Hæc ita, nisi forte pupillaris creditor foro cesserit, & curator bonis datus tutorem conveniat ad debiti pupillaris solutionem: tunc enim vix est, ut tutor, objecta compensatione ejus, quod sibi suo nomine est debitum a debitore inidoneo, salvum sibi facere possit integrum suum crediti jus, cum præjudicio ac fraude ceterorum creditorum, idque eo tempore, quo per bona a creditoribus possessa, & curatorem iis datum, omnis ulterior vigilantiæ vel occasio vel licentia creditoribus prærepta est, *l. quod autem* 6. *ff. sciendum* 7. *ff. quæ in fraud. credit. fact.* Quamvis alioquin haud videatur eundum inficias, quin, ubi quis suo nomine simul debitor & creditor est alterius obærati ac bonis vel foro cedentis, recte objiciat curatori bonorum compensationem ejus pro concurrente utrimque quantitate, si modo ante cessionem habuerit compensandi facultatem, atque ita debitum utrimque jam tum fuerit ipso jure extinctum. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *vol.* 1. *consil.* 75. Quemadmodum (ut hoc obiter addam) nec rescriptum moratorium impedimentum est, quo minus ei, qui id impetravit, debitum suum persequenti, compensatio objicitur, cum aliud sit, differri solutionem debiti, quod unum fit per rescripta moratoria, aliud allegare, ipso jure debitum sublatum esse, nec intra nec post lapsum dilationis indultæ unquam petendum, quod compensationis objectione contingit, Ant. Faber *C. lib.* 1. *t.* 9. *defin.* 13.

10 Quæ de tutoribus dicta, eodem modo ex iisdem juris fundamentis definienda videntur in procuratoribus mandatum exigendi pro alio habentibus, sive suo agant nomine, sive procuratorio, & sive suo, sive procuratorio nomine conveniantur. Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 17. Uti & in institoribus, quoties non suo, sed præponentis nomine emerunt aut vendiderunt, ac vicissim ipsi suo nomine proprio debitores sunt eorum, quibus institorio nomine vendiderunt, aut creditores eorum, a quibus emerunt tanquam institores. Adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 274. & *part.* 3. *vol* 1. *consil.* 3. & 80. *in med.* In sociis quoque, nomine societatis agentibus, cum ipsi nomine proprio essent rei conventi debitores, aut vice versa, compensationem admitti non oportere, vult post Gratianum *disc. for. cap.* 918. *n.* 3. Simon van Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *n.* 24. Quod tamen restringendum

ad socios particulares; nam si universales sint, magis est, ut uni agenti recte objiciatur per reum conventum, quod ei alter socius universalis debet. Et de hac societate universali accipiendus, ad eamque restringendus Papinianus, licet simplicius ac sine distinctione societatis mentionem habeant in *l. si duo rei* 10. *ff. de duob. reis constituend.* quod & observatum a Tindaro *tract. de compensation. art.* 7. *n.* 9. Struvio *ad Pand. h. t. num.* 25. Unde &, licet ex juris Romani principiis maritis, suo nomine agentibus, objici non potuerit compensatio ejus quod uxores vicissim reo debent; & vice versa Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 16. nec ea opinio hodie rejicienda sit, quoties pactis dotalibus communio bonorum inter conjuges exclusa est, ac reductum jus civile; tamen, stante statutaria nostrate inter conjuges bonorum communione, certum est, marito petenti id, quod sibi ante nuptias est debitum, opponi posse compensationem ejus, quod uxor ipsius jam ante nuptias cœperat reo convento debere.

11. Quod si fidejussor ex sua conveniatur fidejussione, non modo id quod ipsi, sed & quod debitori principali vicissim est debitum, compensare potest; licet ex adverso debitor principalis non recte compenset id, quod fidejussori ejus debitum est, *l. verum est* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* sive debitor principalis solvendo sit, sive non, cum lex non distinguat, & verum sit, statim ipso jure diminutam aut sublatam fuisse debitoris principalis obligationem, ex quo cœpit utrimque deberi, nec fidejussor, liberato principali, potuerit ultra obligatus manere, *d. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *n.* 32. *& multis seqq.* Patri quoque, quamvis suo nomine agenti, non inutiliter opponitur compensatio ejus, quod ipsius filiusfamilias reo vocato debet, & vice versa creditori contra filiumfamilias agenti id, ad quod idem actor patri istius filiifamilias conventi tenetur, si modo caveat filius, patrem non esse exacturum id, quod ita compensatum est, *l. si cum filiofam.* 9 *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* Quod tamen hodie non permitti patri aut filio, notat Grœnewegen ad *d. t.* 9. *§. ff. h. t.* Non etiam dubium, quin heredi hereditario nomine agenti recte objiciatur compensatio ejus, quod ipse suo nomine debet. Uti universa heredi suo nomine agenti reus compensare potest, quod sibi a defuncto debitum docet, idque pro ea parte, qua is, qui agit, defuncto heres est, non item pro partibus ceterorum coheredum, *l. ult. C. de contrario judic. tutelæ*, Charondas *respons. du droict. livre* 11. *resp.* 83. Quod & tunc obtinet, cum heres adivit cum beneficio inventarii, ita ut solidi quidem debiti compensatio fiat, si vel universis creditoribus hæreditatis sufficiat, vel, cum sufficiens non esset, ea saltem creditoris hereditarii compensare volentis, aut crediti, conditio sit, ut jure prælationis totum ex hereditate ferre potuerit: partis vero tantum, si creditor hereditarius non solidum sibi ex hereditariis rebus fuisset salvum habiturus. Nam quamvis inventarii beneficium non efficiat, quo minus heres adeundo defunctum repræsentet, inque jus ejus succedat, efficit tamen, ne ultra vires hereditarias æs alienum defuncti solvere de suo teneatur; an autem naturali solutione, an compensatione, creditor cum heredis damno solidum consequatur, nil hac in parte refert. Et quia ab initio incertum sæpe, utrum hereditas creditoribus suffectura sit an non; remedium expeditissimum videtur, ab initio quidem solidi compensationem permitti creditori, sed idonee caventi restituturum, quanto minus apparebit ob emergens aliud potentius æs alienum oportuisse eum jure compensationis salvum habere, arg. *l. procuratoris* 5. *§. ult. ff. de tribut. act.* & arg. *l. si cum filio famil.* 9. *§.* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 9.

12. Compensare potest id, quo naturaliter simul ac civiliter debetur, sive ex pari sive ex diversa causa, sive ex contractu, sive ex delicto debitum cum eo quod ex contractu debetur, vel quantitatem actione in rem petendam cum ea quæ in personam actione petitur, compensari, nihil vetet: dum & tunc nostra interest magis non solvere, quam solutum repetere, *l. ult. C. h. t. l. si ambo* 10. *§. quotiens* 2. *ff. h. t.* Quin & si ex crimine publico agatur pecuniarie, cum vicissim deberetur ex conventione, compensationi locus est, arg. *l. aufertur* 46. *§. qui compensationem* 4. *ff. de jure fisci.* Patria denique crimina respectu pœnæ pecuniariæ per mutuam placuit dissolvi pensationem, *l. viro* 39. *l. cum mulier* 57. *ff. soluto matrimon. l. ult. §. pen. ff. de eo per quem fact. erit, quo min. quis jud. se sistat*, *l. si duo dolo* 35. *ff. de dolo malo*, *l. apud Celsum.* 4. *§. Marcellus* 13. *ff. de doli mali & met. except.* Secus, si de pœna publica quæstio sit; quippe quo casu magis uterque delinquens ad pœnam legitimam damnandus est, *l.* 2. *§. qui hoc dicit.* 4. *l. si uxor* 13. *§. judex adulterii* 5. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* compensat enim quisque, quod sibi, non quod alteri, adeoque nec quod publico debitum, qualis est pœna publica; & non relatione criminum, sed innocentia rei purgantur, *si quis reus* 3. *pr. ff. de publ. judiciis.*

13. Si quid mero jure civili debitum sit, quale, quod summo jure civili peti quidem potest, sed exceptione opposita perimitur, ejus compensatio probata non est, *l. quæcunque* 14. *ff. h. t.* quia talis pecunia juribus debita non est, *l. quod si maritus* 3. *§.* 1. *ff. de constit. pecunia*, & similis habetur ei, quæ nullo modo debetur, *nihil interest* 112. *ff. de reg. juris.* Aliud dicendum, si quis naturaliter tantum debitum sit; quippe quod, uti novari potest, & in constitutum deduci, & fidejussores ac pignora recipere, ita quoque recte compensatur; non modo cum alio simili debito naturali, sed & cum eo quod naturali simul ac civili jure vicissim debetur; cum generaliter sine ulla distinctione Ulpianus responderit, *etiam quod natura debetur, venire in compensationem*, *l.* 6. *ff. h. t.* adde *l. si peculium* 20. *§. quod si* 2. *ff. de statuliberis*, *l. si peculium* 6. *§. sicut* 4. *ff. de pecul. legato junct. l. servi ex delictis* 14. *de oblig. & action.* & eo ipso, quo is, qui naturaliter ac civiliter obligatus erat, incipit creditorem suum sibi vicissim naturaliter devinctum habere, tollatur utrimque æquitatis vinculum, quæ est naturalis obligatio; quo fit, ut sola & mere civilis obligatio supersit, quæ natura sua inefficax est, *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis obligatio* 4. *ff. de solution.* ac denique constat, naturalis debiti exactionem quidem nullam, at omnino soluti retentionem esse, *l. naturaliter* 13. *l. si quod* 64. *ff. de condict. indeb.* compensans autem re ipsa sibi consulit per retentionem, in quantum dicitur non solvere potius, quam solutum repetere, *l. ideo compensatio* 5. *ff. h. t.* Nec

obstat, cum, qui compensat, *petere* videri, *l. amplius non peti* 15. *ff. ratam rem haberi*, *l. neque scriptura* 8. *C. h. t.* debiti vero naturalis nullam petitionem esse. Considerandum enim, *petitionis* vocabulum latius in jure nostro patere, ut non modo actionem in judicio instituendam, sed & retentionem per oppositam doli mali exceptionem, aut allegatam compensationem, complectatur: eo modo quo & *agere is videtur*, qui exceptione utitur, *l.* 1. *ff. de exception.* atque eo sensu impensarum *repetitio* datur, *l. domum* 5. *Cod. de rei vind.* quas tamen *nullo alio modo quam per retentionem* servari posse, Julianus monet, *l. si in area* 33. *in fine ff. de condict. indeb.* nec dubium esse potest, quin & in objecta *d. l.* 15. latiore illa significatione *petendi* vocabulum Paulus accederit dum eum, qui debitum oblatum acceptavit, quique deductione debiti usus est, videri *petiisse* ait, Confer Vinnium *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 49.

14. Quia vero pluribus in casibus dubitari posset, utrum natura hujus vel illius debiti compensationem patiatur, nec ne; operæ pretium erit, præcipuas paucis attingere factorum species, in quibus ea admittenda videtur, his dein illas subnectere, in quibus cessat. Iure ergo compensatur etiam illud, quod alio in loco jam cœptum peti; ne alioquin vigilando sibi litemque contestando conditionem suam actor videretur reddidisse deteriorem, *l. in compensationem* 8. *ff. h. t. l. non solet* 86. *ff. de reg. juris.* Uti & certo loco debitum, cum eo, quod debetur sine loci adjectione, si modo habeatur ratio ejus, quanti interest, loco potius adjecto quam alibi solvi, *l. pecuniam* 15. *ff. h. t.* Adhæc debitum ex sententia fiduciariam seu provisionalem (ut appellant) solutionem injungente, cum eo, quod ex definitiva debetur, dummodo cautio interponatur de solvendo, si solutionis fiduciariæ decretum postea per definitivam retractetur. Charondas *respons. lib.* 11. *resp.* 85. *in fine*, Ant. Faber *C. l.* 4. *tit.* 23. *def.* 9. *post. med. n.* 12. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 1. *art.* 24. *in notis ad n.* 15. Præterea impensæ litis, in quas quis sive ob litem temere motam, sive ob detentionem personæ vel rerum calumniose factam, sive ob retardatam ex libelli mutatione litem aut similes alias ob causas condemnatus est, cum eo, quod ipsi alia ex causa liquida debitum; eo quod ad summum hæ litis impensæ considerandæ sunt velut pœna quædam temere litigantium ex quodam delicto debita, cujus procul dubio compensatio est, *l. si ambo* 10. §. *quotiens* 2. *ff. h. t.* Joh. Papon *lib.* 12. *tit.* 6. *art.* 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 18. *defin.* 29. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 31. *defin.* 19. Illa quoque debita, quæ temporaria sunt, intra certum tempus secundum leges aut consuetudines exigenda sub pœna præscriptionis, cum alio debito perpetuam exactionem habente, si modo cœperit utrimque deberi, antequam lapsum esset spatium illud anni, biennii, aut temporis alterius brevioris, quo temporalis obligationis ex lege vel more præscriptio impletur; etiamsi compensatio demum post temporis illius decursum objiciatur: cum tantum allegetur, jam tum eo tempore, quo debitum utrimque consistebat, ab ipso jure contributionem ac confusionem ad quantitatem concurrentem contigisse, Parladorius *rer. quotidian. l.* 1. §. 13. *n.* 17. Franc. Niger Cyriacus *l.* 2. *controv. for.* 307. *n.* 2. Abrah. a Wesel *ad novel. constit. Ultraject. art.* 21. *n.* 46. aliique ibid. cit. Nec minus ejus, quod quis se soluturum juravit, cum alio simplici debito compensatio est; cum fidem jurisjurandi implere censeatur, qui compensat; dum & compensans dare intelligitur, *l. vel permutavit* 19. *ff. de liberari causa*, *l. dedisse* 76. *ff. de verb. signif.* ac solvere, qui se liberat ab obligatione, *l. si se non* 4. §. *pen. ff. de re judic.* neque interest, pensando quis satisfaciat, an naturaliter solvat, *l. si debitor.* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si constat* 4. *C. h. t.* ac denique jusjurandum actui gesto adjectum non mutat actus gesti naturam, sed tantum eundem confirmat, ac de cetero sequitur naturam actus, cui apponitur; ut proinde non minus is, qui juravit se soluturum, compensare possit, quam qui sine jurejurando ad solvendum se devincit, Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 7. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 18. 19. 20. Perezius *Cod. h. t. nu. ult.* Respon. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 25. *in med.* dissent. Matth. de Afflictis *dec.* 331. Neque his contrarium est, quod dedisse aut solvisse non videatur, qui acceptilatione liberatur, *l. Julianus ait.* 45. *ff. de condit. & demonstr. l. solutam* 49. *in fine ff. de solutionibus*, adeoque nec qui compensatione liberari cupit, dum compensatio non minus, quam acceptilatio, a solutione diversa est. Etenim in d. l. 45. agitur de eo, qui ad dationem aut solutionem ex conventione vel testamento aliave causa obligatus erat, sed de eo, cui legatum erat sub conditione, *si heredi dederit:* quæ si dare nolit, invitus compelli nequit, sed tantum legato caret, quasi deficiente legati conditione. Ceterum, quia in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, easque regit, *l. in conditionibus ff. de condit. & demonstrat.* hinc placuit, conditiones, ultimis appositas voluntatibus, specifice ita ut conceptæ sunt, implendas esse, non vero per æquivalens, usque adeo, ut nec servo solvi posset, quod testator per conditionis modum voluerit domino solvi, & vice versa, *l. qui heredi* 44. *pr.* & §. *seqq. ff. de condit. & demonstrat.* prout id etiam tradidi infra *num.* 16. *post med.* & *tit. de condit. Institut. num.* 25. Hæc vero, de conditionibus definita, nemo dixerit ad obligationes *solvendi* transferri oportere; cum contrarium appareat ex solutionum materia, & præcipue *d. l.* 49. *ff.* de solutionibus, in cujus legis fine cum dicitur, ad id, quod accepto latum est, solutionis verbum non pertinere, sed satisdationis vel satisfactionis, solutio in sensu strictissimo accipitur pro naturali præstatione ejus quod debetur, uti id patet ex primis verbis legis, & ex *pr. Instit. quib. mod. toll. obligatio*, qualis præstatio naturalis cum non sit in acceptilatione, quippe quæ tantum imaginaria solutio est, recte dicebatur *solutionis* verbum ad acceptilationem haud pertinere. Qua ratione etiam ab Ulpiano scriptum, *acceptilationem solutioni comparari*, *l. non solum* 7. §. *si is* 1. *ff. de liberatione legata.* Quin & debitum hypotheca immobilium munitum, nec non ipsam sortem annui reditus compensari, nihil prohibet, non modo cum simili debito, sed & cum alio quocunque, etiam pretio rerum minutim venditarum, eo quod leges non distinguunt: si modo debitum hypothecarium vel sors annui reditus ejus sit conditionis, ut repeti ab invito debitore possit. Secus, si repetitio sortis denegata sit, vigeatque parœmia, *eens renten altyt renten:*

nam cum tunc sortis restitutio in obligatione non sit, vix est, ut compensetur, quod debitum non est, etiamsi utrimque talem reditum annuum concipiamus constitutum. Plane si ipse reditus annui debitor, luendi reditus potestatem habens, compensare sortem cum alio debito paratus sit, mos ei gerendus esset; cum jam ex voluntate sua cœperit sortis debitor esse. In qua compensatione propterea etiam, velut singulare, notant pragmatici, illam non ipso jure fieri, nec ipso jure sisti cursum usurarum aut annuarum redituum, ex quo incepit utrimque deberi, sed demum, ex quo debitor redituum talium suam declaravit de compensatione facienda voluntatem: nam cum ante talem mentis testationem nulla sortis reddendæ obligatio nata esset, deerant utique termini habiles compensationis. Confer Molinæum *de usuris quæst.* 43. *numer.* 322. *& seqq.* Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 33. Surdum *decis.* 117. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 20. *n.* 27. 28. 29. Responsa Juric. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. consil. 62.

15. Ex adverso compensationi locus non est in deposito, etsi utrimque res ejusdem generis deposita proponatur, *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t. pen. C. depositi*, quod jus prohibitæ in deposito compensationis, an etiam ante Justiniani tempora obtinuerit, disputat Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 11. Neque audiendos puto, qui compensationem quidem denegatam putant, retentionem tamen, præcipue pro impensis necessariis in rem depositam factis, permissam arbitrantur; quos citat & sequitur Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *c.* 51. Si enim generaliter definitum sit, depositarium deposita reddere *illico modis omnibus* compellendum, nullamque *compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem* posse opponi; quasi & ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias haberet; cum non sub hoc modo depositum acceperit, *ut non concessa retentio generetur, l. pen. C. depositi*, non animadverto, quo modo ista sententia cum verbis legis adeo emphaticis, ac omnem non modo *compensationem*, sed & *deductionem* ac *doli exceptionem* vetantibus, imo *non concessam retentionem* ponentibus, conciliari satis possit; præsertim si consideres, opposita doli mali exceptione solitam fieri pro impensis retentionem, §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divisione*, Donellus *ad d. l. pen. C. depositi n.* 9. adde quæ scripsi *tit. commodati n. ult.* ubi & quid moribus fieri possit.

16. In causis quoque momentaneæ possessionis compensatio improbata fuit, quoties quis possessionem alienam rapina, furto, vel aliter perperam occupavit; cum spoliatus ante omnia restituendus sit, *l. ult.* §. *ult. C. h. t.* Zangerus *de except. part.* 3. *cap.* 8. *nu.* 119. Quod & ad reparationem attentatorum extendit Marta in *digestis juris noviss. tom.* 3. verb. *compensatio cap.* 19. Tributorum insuper & vectigalium exactioni nullam objici compensationem, utilitatis publicæ gratia constitutum est, sive illa fisco debeantur, sive civitati, *l. aufertur* 46. §. *ut debitoribus* 5. *ff. de jure fisci*, junct. *l. in ea* 3. *C. h. t.* Zangerus *de except. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 19. Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 11, & 13. Nec ejus quod fisco vel civitati debitum ex causa annonaria, *d. l.* 46. §. 5. *ff. de jure fisci*, *d. l.* 3. *C. h. t. l. ob negotium* 20. *ff. h. t. l.* 2. §. *ad frumenti* 4. *ff. ad admin. rer. ad civit. pertin.* Nec obstat *l. ideo* 17. *ff. h. t.* cum de ædile agat, qui a curatoribus annonæ distinctus est: distribuit nempe ædilis annonam, quam ab annonæ curatoribus accepit, ac proinde ædilis non est fisci debitor ex causa annonaria, sed magis ipsi curatores, qui pecuniam annonariam a fisco annonæ procurandæ causa acceperunt, Cujacius *lib.* 2. *observ.* 23. licet aliud ædilium officium fuisse circa annonam præbendam, eosque annonam publice præbendam redemtoribus elocasse, putet Revardus *libr.* 5. *varior. cap.* 4. Non etiam compensatur quod reipublicæ debitum ex calendario vel ex causa fideicommissi, *d. l.* 3. *C. h. t.* nec pretium rei per fiscum venditæ, cum eo, quod fiscus alia ex causa debet, *d. l.* 46. §. 5. *ff. de jure fisci.* Nec merces a publicanis pro vectigalium conductione fisco pendenda, si vicissim fiscus iis alia ratione devinctus sit, *l. in ea* §. *C. h. t.* Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 9. 10. Nec quisquam alimenta futura, sive ex contractu, sive ex legato debeat, sive privatis, sive corpori seu collegio, velut orphanotrophio, nosocomio, gerontocomio, similibusque, præstanda; idque favore alimentorum, quorum intuitu singularia multa præter communes juris regulas recepta sunt, ne eorum præstatio differatur, licet alioquin aliis in casibus dilatio atque suspensio probata esset, *d. l. in ea* 3. *C. h. t.* arg. *l. si, instituta* 27. §. *pen. ff. de inoffic. testam. l. qui pro tribunali* 2. *in fine ff. de re judic. l ult. ff. de appellat. recip. vel non.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 7. Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 28. 29. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 8. *defin.* 9. Secus, quam obtinet in alimentis in præteritum debitis, quippe quæ uti desinunt propriam habere naturam alimentorum, dum nemo in præteritum alendus est, & simplicis *transaction. num.* 14. ita nec gaudent privilegiis, quibus alimenta vera a jure munita sunt. Idemque est, si de alimentorum jam præstitorum pretio solvendo quæratur; cum illud pecuniarum, non alimentorum, debitum sit, Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 40. *th.* 10. Adhæc, si quid alicui legatum sit sub conditione *dandi decem tertio*, compensatio non videtur admittenda ad eum effectum, ut conditio *dandi* censeretur impleta; quia nec impleta censetur per acceptilationem, quæ æque, ac compensatio, annumeratur modis, quibus ipso jure obligatio perimitur, *l. Julianus ait* 45. *ff. de condit. & demonstrat.* Ut tamen favore libertatis id permittatur statulibero, qui sub conditione, *si decem dederit*, liber esse jussus est, *l. si peculium* 20. §. *quod si heredi* 2. *ff. de statuliberis*; quod in exemplum trahendum non est, cum & per partes *ista decem* statuliber heredi præstare possit favore libertatis, licet alioquin solutio debiti particularis invito creditore permissa non sit, *l. cum heres* 4. §. *item si decem* 6. *ff. de statuliberis*, junct. *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de usuris.* Amplius, usu probatum, compensationem non admitti, in pretio rei venditæ, cum auctione publica necessaria, quæ judicati exsequendi causa, vel curatore bonorum jam constituto sit, licitatione vicit & ita pretii debitor esse cœpit, qui alia ex causa creditor est: ubi enim ita sub hasta emit, non jam pretium incipit debere debitori suo, sed creditoribus ejus, atque ita quod uni debet, compensaret alteri, quod jura non sinunt. Prolixe Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 7. ubi plures citat. Annui præterea canonis

compensationem cum alio debito non satis apte fieri, nisi alia concurrant, monui *tit. si ager vectigal. id est emphyteut. pet. num.* 39. Debitum unius tabernæ seu stationis credito compensari, negant statuta Antwerpiensia *tit.* 52. *art.* 7. sed hæc plenius petenda ac decidenda ex iis, quæ dicta *tit. de tributoria act.*

17. Ceterum, ut compensationi locus esse queat, requiritur, ut debitum utrimque sit purum & liquidum; id est, quod jure aperto nititur, & certum ac indubitatum est, veluti ex confessione adversarii, sententia judicis, instrumento publico, atque ita judici facilem sui exitum præstare potest, *§. in bonæ fidei* 30. *Instit. de action. d. ult. §.* 1. *C. h. t.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *nu.* 94. *& seqq.* Si quid in diem debeatur, non compensatur, antequam dies venit, quamvis dare oporteat, l. *quod in diem* 7. *ff. h. t.* quod tamen haud confundendum cum debitis illis, quæ quandam solutionis dilationem ex æquo & bono habent, veluti quæ debentur ex causa judicati, cui quatuor mensium dilatio adhæret; hæc enim medio tempore compensari, nihil vetat; cum aliud sit, diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, *l. cum militi* 16. *§.* 1. *ff. h. t.* Illiquidi adeo non admittitur compensatio, ut, licet ex juris Romani principiis defendi possit, opposita doli mali exceptione de debito illiquido; protelari condemnationem ad solvendum id, quod liquidum est, de quo Vinnius *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 50. moribus tamen nostris, quibus liquidi debiti solutiones fiduciariæ in principio litis decerni solent, ne per modum quidem exceptionis proponi possit, ad id, ut differretur sententia judicis aut executio, donec liquidum fuerit factum; Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 3. nisi in continenti liquidum reddi possit; intra duos quidem menses in debito fiscali, seu eo, quod quis sibi vicissim a fisco debitum sit, *l. aufertur* 46. *§. qui compensationem* 4. *ff. de jure fisci*, in aliis tempore arbitrario per judicem definiendo, Menochius *lib.* 2. *arbitrar. casu* 14. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 50. Zoesius *ad Pandect. h. t. n.* 11.

18. Necesse insuper ad compensationem, ut debita sit utrimque quantitas seu res fungibilis, ejusdem generis, non diversi, quo fit, ut olei quidem cum oleo, vini cum vino, pecuniæ cum pecunia: at non pecuniæ cum vino, olei cum frumento compensatio admittatur, repugnante ipsa compensationis natura ac denominatione, *l. si ambo* 10. *§.* 2. *l.* 11. *l.* 12. *ff. h. t. l. si constat* 4. *l. si propter* 8. *C. h. t.* Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet, si idem genus utrimque sit debitum; ita ut utrimque debitori competat electio, quam speciem ex genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quæ ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua reddita vicissim ipse liberatur. Secus si vel ex uno latere vel utrimque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse. Ita sane distingui, jubet analogia juris, etsi alii simpliciter affirment, alii in universum negent, generis cum genere compensationem esse. Vide Zoesium ad *Pand. hoc tit. nu.* 14. Wissenbac *ad Pand. h. t. num.* 1. *post med.* Corporis in specie debiti cum corpore alio, vel corporis cum quantitate debita nulla compensatio est, *l. quod dicitur* 5. *ff. de impensis in rem dot. factis*, adeo ut, si corpus aut quantitas alternatim debeatur, compensatio demum fieri possit, si debitor declaraverit, se velle solvere quantitatem, *l. si debeat* 22. *ff. h. t.* Quin &, si quantitas, veluti pecunia, debeatur tanquam corpus, dum forte legata sunt *centum quæ in arca* testator habet, compensationem talium nummorum jus nostrum videtur reprobasse, dum negat eos *permutationem recipere*, ac exemplo cujuslibet corporis æstimari jubet, *l. sed si certos* 51. *ff. de legatis* 1. Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 6. Quorum omnium illa ratio est, quod, ubi ex uno latere corpus, ex altero quantitas, vel utrimque quantitas diversi generis, vel utrimque certa species, in quam cadit vel cadere potest peculiaris affectio, debetur, nulla adest debiti paritas aut æqualitas, in compensatione desiderata, & aliud pro alio invito creditori solvi non potest, quod tamen fieret, si compensationis interventu quisque retineret, quod debet. Nec est, quod objiciatur corpora solvi posse; unde & videbantur compensanda, quia nihil interest, solvat quis, an penset, ut ante dictum ex *l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pignore*, *l. si cessat* 4. *C. h. t.* Etenim licet idem compensationis, qui solutionis, effectus sit, quotiens termini habiles compensationis existunt; non tamen ideo sequitur, omne, quod solvi potest, etiam compensationem recipere: nam & acceptilationis idem qui solutionis, effectus est; & tamen solas verborum obligationes, non item alias, acceptilatione tolli constat, *§.* 1. 2. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Minus movet, quod & in commodato, in rebus amotis aut a conjuge denotatis, & in aliis corporibus reddendis compensationis jus a legibus probatum est, *l. in rebus* 18. *§. ult. ff. commodati*, *l. fructus* 7. *§. ob donationes* 5. *ff. soluto matrimon.* cum facile poni possint termini habiles, quibus corporum extinctorum aut depretiatorum æstimatio debetur. Adde Fachineum *controv. lib.* 11. *cap.* 7. Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 49. *in pr.*

19. Quod si compensationis in judicio allegatæ rationem judex non habuerit, salva nihilominus manet petitio; neque enim rei indicatæ exceptio objici potest, ubi judex de eo solo pronunciavit, compensationem non posse locum invenire; dum innumeris prope modis evenit, ut ejus quod vere debitum, compensatio non fiat ob deficientia requisita ejus. Aliud dicendum foret, si judex reprobasset pensationem, quasi non existente debito: tunc enim exceptio rei judicatæ nocitura esset persequenti idem, velut debitum, *l. quod in diem* 7. *§.* 1. *ff. h. t. l. autem is* 8. *§. si quocunque* 2. *ff. de negot. gestis*, *l.* 1. *C. de crimine expil. hered. l. in rebus* 18. *§. ult. ff. commodati*, *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contrar. tut. & utili act.*

20. Cum compensatione non confundendum jus retentionis, licet in quibusdam compensationi haud sit adsimile, ac compensationis exemplo etiam si executione opponi posit; Ant. Faber *C. lib.* 7. *tit.* 21. *defin.* 12. Nec recte dixeris, retentionem cessare, quia cessat compensatio, cum retentio locum habeat etiam in corporibus compensationem non admittentibus, ac in debitis etiam non liquidis admissa sit; nec obligationem ipso jure perimat, uti quidem fit

per compensationem. Pluribus autem in causis retentiu usum invenit: nam & nauta merces pro contributione propter jactum retinet; & venditor, donec; venditæ rei pretium solutum fuerit; & uxor res mariti, donec dos & reliqua mulieris bona restituantur; & institor merces sibi a præponente commissas, donec sibi solutum sit, quod præponens debet; de quibus plenius suis locis. Præcipue retentioni locus ob id, quod occasione rei retentæ debetur; veluti ob impensas in eam factas, aut opificia, vel artificia circa eam præstita; qua ratione fullones, sartores, bonæ vel malæ fidei possessores, panni, vestis, rerum possessarum retentione sibi recte consulunt, pro mercede vel impendiis factis obtinendis; uti & magistri navium habent jus retinendi merces pro naulo arg. *l. pen. ff. locati*, Andr. Gayl *lib. 2. observ. 12. num.* 5. Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 10. num.* 21. *& lib. 1. cap. 19. nu.* 58. Respons. Juric. Holl. *part. 1. consil.* 196. Confer Sim. van Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 4. cap.* 37. Nec dubium, quin illi, quibus retentionis a lege vel consuetudine datum est, id ipsum tum ad heredes suos, tum ad successores particulares, quibus vendiderunt, donarunt, legarunt, aut aliter cesserunt mercedis exigendæ sumtuumve recuperandorum jus, transmittant, arg. *l. in hoc judicium* 14. *§. impendia* 1. *ff. communi divid.* ibique Costalius, Berlichius *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 52. *n.* 11. 12.

21. An autem jus retentionis habens teneatur rem adversario restituere, quoties is idoneam de reddendis impensis, aut mercede solvenda, cautionem offert, judicis circumspecti arbitrio videtur committendum, prout ex circumstantiis e apparuerit, vel eum, qui suo impensarum aut mercedis prætextu diu id intendere debitorem impensarum, ut re recuperata sub cautione, longa deinceps ac calumniosa litis protelatione difficilem adversario faciat impendiorum, mercedis, similiumque persecutionem. Vide Ant. Fabrum *C. lib.* 5. *tit.* 22. *defin.* 15.

TITULUS II.

Depositi vel contra.

SUMMARIA.

1. *De deposito in æde sacra, in horreis publicis, apud argentarios. Quid sit contractus depositi? An depositum maneat, si id agatur, ut* tantundem *reddatur?*
2. *Cujus gratia depositum celebrari possit? An solius depositarii gratia? recensentur casus, quibus dubium, an mandatum an depositum sit.*
3. *Quales res deponi possint? an & immobiles? an & res propria apud suum dominum?*
4. *Directa actio depositi quibus detur? An & tertio, de quo id actum ut ei reddatur? Quid juris, si plures eandem rem dividuam vel individuam deposuerit, vel uni deponenti plures heredes extiterint?*
5. *Contra quos detur? Quid si plures sint depositarii, vel plures unius depositarii heredes? An detur contra manumissum de eo quod durante servitute recepit? an & contra tertium possessorem?*
6. *Ad quid tendat? ubi & de accessionibus rerum depositarum, & circa obsignata deposita, & usuris rerum fungibilium depositarum.*
7. *Qualem culpam præstet depositarius? quando de casu fortuito teneatur? Quid juris, si ipse vel heres ejus rem depositam vendiderit, ac tunc illa casu perierit?*
8. *An deponens rem a depositario alienatam vindicare possit? & quid juris, si depositarius res suas ex incendio eripuerit, non salvatis depositis? remissive.*
9. *An depositi restitutio impediri possit: compensatione, retentione ob impensas, exceptione non numeratæ pecuniæ, intercessione tertii, pacto de u*tendo si velit*, vel ut demum post certum tempus reddatur?*
10. *Contraria actio depositi ad quid tendat? an res pro damno noxæ dari depositario possit?*
11. *De deposito miserabili, & quid in eo moribus obtineat?*
12. *Quid sit depositum sequestrarium? An sequester possideat rem sequestratam?*
13. *Quæ potestas, quæ officia sequestrorum sint? & an sequester juridictionem aut jus patronus exercere possit, si res, quibus ea jura cohærent, sequestratæ sint?*
14. *Propter quas causas invito altero litigantium sequestratio fieri possit, etiam ipsius pecuniæ numeratæ; an possessor rei impedire possit sequestrationem ejus per oblationem idoneæ cautionis?*
15. *De actionibus ex deposito sequestrario natis; & quando iis locus sit? quæ pœnæ sint subducentium auctoritate privata res sequestratas?*
16. *De obsignatione publica ædium, cœnaculorum, cistarum, sarcinarum; & quando auctoritate privata resignatie fieri possit, vel non?*
17. *De depositione pecuniæ apud acta; quid si graphiarius eam in suos usus converterit? quid si & foro cesserit, an potiores sint, qui ita deposuerunt, in bonis ejus? An & ipsi magistratus tunc teneantur?*

1. Custodiæ causa Romanos res suas sæpe in æde sacra deposuisse, notum est; & plenius exsequitur Rævardus *lib. 1. varior. cap.* 15. quandoque & in publicis horreis, *l. pignus in bonis* 9. *C. de pignorat. act.* D. Noodt *probabil. libr. 4. cap.* 5. *ant. med.* nonnunquam apud argentarios seu mensularios, *l. si hominem* 7. *§. pen. & ult. l.* 8. *ff. h. t. l. si ventri* 24. *§. in bonis* 2. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Ræversdus *d. cap.* 15. *in pr. & circa fin.* frequenter apud privatos, mediante contractu depositi, qui est bonæ fidei, ac re constans, quo res alteri gratis custodienda traditur, ea lege, ut quandocunque restituatur eadem in specie *§. pen. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Quod si id actum sit, ut *tantundem* restituatur, cum esset deposita pecunia aliave res fungibilis, egreditur quidem ea res notissimos depositi terminos, quatenus rerum depositarum dominium transit in accipientem, ac in creditum itur; in ceteris tamen manet natura ac contractus depositi, *l. Lucius Titius* 24. *l.* 25. *§.* 1. *l. si sacculum* 29. *§.* 1. *ff. h. t. l. in navem* 31. *ff. locati.* Idemque est, si res æstimatæ depositæ fuerint, & pretium earum restituatur, arg. *l. si. vir. uxori* 52. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* In mutuum tamen totum abire negotium Ulpianus tradit, cum id expresse actum est, ut depositarius utatur nummis depositis,

l. certi condictio 9. §. *ult. l.* 10. *ff. de rebus creditis.* Plura scilicet in jure nostro aliud operantur, si expressa fuerint, quæ verbis idem significantibus involuta ac tecta, alium effectum habent; adeoque manet depositum, si id agatur, ut *tantumdem* reddatur, quamvis huic formulæ insit utendi licentia; mutuum fiet, ubi nominatim de pecuniæ depositæ usu convenit, *d. ll.*

2. Licet autem depositum plerumque deponentis solius gratia celebretur; nihil tamen vetat, quo minus exemplo mandati etiam quandoque deponentis, & depositarii, vel deponentis & tertii, vel depositarii, & tertii utilitas apparere queat. Quin imo, cum mandatum solius mandatarii causa interpositum reprobatum esset, §. *sua tantum* 6. *instit. de mandato*, depositum tamen in depositarii solius commodum fieri posse placuit, in facti specie, quæ est in *l. si quis nec* 4. *ff. de rebus creditis*, ceterum adeo magnam mandatum cum deposito affinitatem habet, ut aliquando dubium sit, utrum mandatum, an magis depositum, intercessisse intelligatur. Qua ratione si procuratori instrumenta causæ data sint; nec is ea mihi reddat, fuerunt, qui depositi cum eo agendum putarunt; quorum tamen sententiam, ut minus probabilem, Labeo rejiciens, mandati actionem dedit, & quod uniuscujusque contractus initium spectandum ac causa; *l. si procuratorem* 8. *ff. mandati.* Similiter, si te rogaverim, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati magis quam depositi actionem esse, Pomponius ait, qui mandatum primus contractus est, *l.* 1. §. *idem Pomponius quærit* 13. *ff. h. t.* Quin imo si rem meam tibi dedi ad Titium perferendam, *ut is eam servet: & si is eam non receperit, tu custodias*; sique eam non receperit, non tantum depositi, sed & mandati tecum agere possum, quia plenius est mandatum, habens & custodiæ legem, *l.* 1. §. *si te rogavero.* 11. & 12. *ff. h. t.* ac mandare me posse, ut & custodiam mihi præstes, Paulus docet *l. naturalis* 5. §. *sed, si facio* 4. *in med. ff. de præscript. verbis.*

3. Deponi possunt res omnes, sive fungibiles sive non fungibiles, sive mobiles sive immobiles; cum & immobilium custodia alteri tradi queat, *l. emtor ædium* 38. *ff. de damno infecto*, & commendari, quæ commendatio depositio est, *l. Lucius Titius.* 14. *in med. ff. h. t. l. commendare* 186. *ff. de V. S.* atque insuper immobilium commodatum sustineatur, *l.* 1. §. 1. *ff. commodati*, nec ratio appareat, cur minus depositum immobilium quam commodatum fiat. Dum utrobique idem traditionis modus potest intervenire; imo finis depositionis est custodia rerum, quæ etiam circa immobilia locum habet; & ipsi commodato immobilium inest substantia depositi, inest custodia, dum commodatarius vel immobilem commodato accipiens, etiam custodiam ejus in se recipit, eamque pleniorem quam ex causa depositi; cum in deposito sola lata, in commodato levissima quoque culpa ac custodia exactissima præstanda veniat; *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *in fine ff. commodati.* Et quamvis negandum non sit, quin & mandari rerum immobilium custodia possit; quia tamen in mandato levissima, in deposito sola lata culpa præstatur, facile quisque depositi titulo rerum alienarum custodiam recipiet, difficilius longe ex causa mandati, in quo nihil neglectum, aut declinatum, culpa vacuum foret, *l. in re mandata* 21. *C. mandati.* Nec interest propriæ res sint, an alienæ, eo quod dominium non transit; adeo ut & fur ac prædo deponere possit, *l.* 1. §. *si prædo* 39. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. h. t.* & creditor pignus, *l. pignus in bonis* 9. *C. de pignorat. act.* ac depositarius rem ipsam apud se depositam, *l. si is, apud* 16. *ff. h. t.* Si modo id unum caveatur, ne quis alienam rem apud ipsum deponat rei dominum; ut enim neque emptio, neque precarium, neque pignus, ita nec depositum suæ rei consistere potest, *l. neque pignus* 45. *ff. de regul. juris*, nec ulla in dominum, ex causa depositi forte rem suam ignoranter accipientem, actio est ad restitutionem, *d. l.* 31. §. *in fine ff. h. t.*

4. Ex hoc contractu descendit actio depositi directa & contraria. Directa datur deponenti, etiam prædoni vel furi; ut tamen in concursu potior domini vindicantis, quam furis ex deposito repetentis causa sit, *l.* 1. §. *si prædo* 39. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. h. t.* adhæc domino servi deponentis, licet servus jam manumissus aut alienatus esset, *l.* 1. §. *si servus* 30. *ff. h. t.* & hereditati jacenti, atque adeo heredi, si servus hereditarius deposuerit, *l. cum hereditas* 9. *C. h. t.* fisco quoque, si deponens ac publicationem bonorum passus sit, *l. bona fides* 31. *ff. h. t.* Quin & utiliter tertio, quoties id actum est ab initio, ut non deponenti sed tertio res deposita restituatur; idque præter strictas juris regulas ex mera æquitatis ratione, *l. pen. C. ad exhibendum*, *l. Publia Mævia* 26. *princ. ff. h. t.* Si plures rem communem deposuerint, vel plures uni deponenti heredes existant, si quidem dividua res sit, quisque pro sua tantum parte, non singuli rem totam repetere possunt (nisi depositi celebrati tempore id actum sit, ut unusquisque ex pluribus deponentibus rei totius repetendæ facultatem habeat) *l.* 1. §. *sed si duo* 44. junct. *l. licet deponere* 17. *ff. h. t.* adeo ut, si pecunia in sacculo signata deposita sit, & unus ex heredibus ejus, qui deposuit repetere velit, promenda sit ac resignanda pecunia, vel coram prætore, vel intervenientibus honestis personis, & exsolvenda petenti pro parte hereditaria, residuo vel apud depositarium manente, sigillis videlicet prius ei impressis, vel ab his, coram quibus signacula remota sunt; vel si hoc recusaverit, in æde sacra deponendo, *l.* 1. §. *si pecunia* 36. *ff. h. t.* Nec is, qui rei dividuæ partem recuperavit, eam reliquis sive simul deponentibus communicat, si reliqui deinceps suas nequeant partes consequi ob depositarii paupertatem; ea ratione, quia juria vigilantibus scripta sunt, nec æquum est, industrium ac diligentem desidiæ alienæ aut negligentiæ pœnas subire, *l. ult. C. h. t.* junct. *l. pen. in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Contra quam obtinet, si ex socio debitore suam partem consecutus esset, nec reliqui suas partes ob socii inopiam consequi possent, *l. verum est* 63. §. *si, cum tres* 5. *ff. pro socio.* Quod si individuum quid depositum sit, unicuique ex pluribus deponentibus, pluribusve deponentis unius heredibus, actio depositi in solidum competit; modo caveat agens, de partibus aliorum coheredum aut simul deponentium nullam depositario restituenti litem fore. Quam cautionem si præstare actor detrectet, depositarii est rem in æde sacra deponere, ut omni actione depositi liberetur, *d. l.* 1. §. *si pecunia* 36. *in fine ff. h. t.* Si tamen plu-

res rem individuam eodem tempore singuli sibi restitui desiderent, ei in concursu reddenda videtur, qui majore ex parte heres aut rei individuæ dominus est, ac de indemnitate idoneam depositario offert cautionem, arg. *l. si plures* 14. *ff. h. t.* Sed &, si duo de hereditate litigent, dum uterque se solum ex asse heredem contendit, ei hæc actio accommodanda, qui paratus est adversus alterum defendere depositarium de restituendo conventum; quod onus si non suscipiat, commodissimum est, in æde sacra rem deponi, donec de hereditate judicetur; *d. l.* 1. §. *apud Julianum* 37. *ff. h. t.*

5. Conveniendus hac actione depositarius & heredes ejus; quive, cum heres non esset, quasi heres lucrum ex re deposita percepit, *l. sed & si* 4. *ff. h. t.* Et si plures heredes sint, si quidem ex dolo defuncti agatur, non nisi pro ea parte conveniendi singuli, qua heredes sunt; sin defunctus dolo careret, is solutus heres, qui dolum ipse fecit, in solidum tenetur, nec in coheredes dolo carentes ulla ex dolo coheredis actio est, *l. in depositi* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* si simul uterque coheres dolum admiserit, & uterque solvendo sit, ac de præstatione ejus quod interest, vel pecuniæ depositæ restitutione agatur; placuit unumquemque pro rata parte, qua heres est, aut pecuniam intervertit deponenti obstringi, *l. si duo* 22. *ff. h. t.* Si plures depositarii depositum receperint, adversus singulos in solidum actio ita comparata est, ut non electione unius, sed solutione, reliqui liberentur, ac in id quod ab uno in solidum convento servari nequit, adversus reliquos judicium supersit. Quin imo si unus in solidum conventus, ob id absolutus sit, quod dolo careat, nihil vetat, ad alterum perveniri, qui dolum fecit, *l.* 1. §. *si apud duos* 43. *ff. h. t.* In pupillum quoque, qui sine tutoris auctoritate suscepit depositum, recte agitur, quoties vel doli capax fuit, vel locupletior ex deposito factus est, *l.* 1. §. *an in pupillum* 15. *ff. h. t.* Insuper contra dominum & patrem, cujus servus aut filiusfamilias depositum suscepit, sive hi, qui in potestate sunt, sive illi, qui in potestate habent, dolum fecerint; adeo ut ex proprio quidem dolo in solidum conveniantur, ex dolo autem servi sui aut filiifamilias peculio tenus, *l.* 1. §. *filiumfamilias* 42. *ff. h. t. l. depositi* 5. *ff. de peculio.* Quia & in servum aut filium manumissum aut emancipatum actio datur de eo, quod adhuc in potestate constituti custodiendum receperunt, si modo post manumissionem adhuc manumissum possideat, non item, si sine dolo desierit possidere; quod in servo singulare est, cum alioquin ex contractibus in servitute celebratis nullum in manumissos judicium competat, *l. si apud filium* 21. *ff. h. t.* junct. *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. & act.* Quemadmodum nec ipsi manumissi agunt de eo quod adhuc servientes deposuerunt, *l.* 1. §. *si servus deposuit* 30. *ff. h. t.* arg. *l. juris gentium* 7. §. *pen. ff. de pactis.* Etsi non videatur negandum, quin ex dolo circa depositum in servitute commisso, tanquam ex delicto, post manumissionem actione ex lege Aquilia conveniri possint, quia servi ex delictis obligantur, &, si manumittantur, obligati remanent, ac de dolo in servitute adhibito tenentur, *d. l. servi ex delictis* 14. *ff. de obl. & act.* junct. *l.* 1. §. *si apud servum* 19. *ff. h. t.* Plane adversus tertios rei depositæ possessores actioni depositi locus non est, *l. si is qui* 8. *C. h. t.* nisi depositarius jussu deponentis eam penes tertium deposuerit, *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *ff. h. t.* si enim jussus ille desit, deponens primus contra primum depositarium ad id tantum agit, ut is actiones sibi contra depositarium secundum quæsitas cedat, *l. si is, apud,* 16. *ff. h. t.*

6. Tendit hæc actio directa ad id, ut res deposita restituatur in loco, ubi contractus hic celebratus fuit, nisi aliud actum sit *l. si in Asia* 12. *pr.* & §. 1. *l. ei, apud quem* 5. §. 1. *ff. h. t.* una cum accessionibus, etsi illæ non videantur depositæ: Qua ratione non modo fructus, partus, & omnis causa, in actionem venit, *l.* 1. §. & *ideo* 24. *ff. h. t.* sed & quæ tempore depositionis rebus depositis accesserunt, licet ipsa proprie non sint deposita, veluti equi depositi capistrum, aut servi vestis, *l.* 1. §. *quæ depositis* 5. *ff. h. t.* junct. *l. si, ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *ff. commodati.* Si cista obsignata deposita sit, qui reddi oporteat, traditur in *l.* 1. §. *si cista* 41. *ff. h. t.* ac dictum latius ad *t. nautæ caupones stabularii ut recepta restit. num.* 8. Usurarum quoque rationem habendam esse, exigit generalis natura actionum bonæ fidei, sive de usuris per depositarium præstandis pactio sit apposita, cum id ageretur, ut non nummos in specie, sed tantundem redderet; licet ea res notissimos depositi terminos egrediatur, *l. Lucius Titius* 24. *ff. h. t.* sive pecuniam depositam in suos proprios usus converterit, *l. Quintus Cæcilius* 29. *ff. h. t. l. si deposita* 4. *C. h. t.* sive mora in reddendis rebus fungibilibus depositis commissa sit, *l. usuræ* 2. *C. h. t.* Si tamen his in casibus judex solius sortis, non item usurarum fecerit condemnationem, non ultra de usuris experiundi potestas est; cum non duæ sint actiones, altera sortis, altera usurarum, sed una, ex qua ubi condemnatio facta est, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur, *d. l. si deposita* 4. *C. h. t.*

7. Restituenda vero res deposita non deteriorata, adeo ut deteriorem reddens restituisse non intelligatur, nec liberetur, nisi id quod interest simul præstet, *l.* 1. §. *si res deposita* 16. *ff. h. t. l. sed mihi* 5. §. *si reddita* 1. *ff. commodati,* si modo deterioratio vel damnum rebus depositis illatum fuerit dolo aut lata culpa depositarii; quippe quam solam regulariter præstat, sive lata culpa negligentiæ sit, dum forte in propriis quoque rebus negligentissimus esse consuevit, sive lata culpa versutiæ intervenerit, dum minorem depositis, quam suis rebus curam adhibet, hoc ipso fraude non carens, *l. quod Nerva* 31. *ff. h. t. l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & action. l. contractus* 23. *ff. de reg. juris,* §. *pen. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* quod & moribus servari, patet ex Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 7. De levi culpa non tenetur, quia nulla vertitur ut plurimum depositarii utilitas; nisi mercedem pro custodia pactus sit, quo casu velut ex conducto teneretur, *l.* 1. §. *si vestimenta* 8. 9. *ff. h. t. l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati.* Longe minus de levissima, nisi nominatim id pacto comprehensum sit, *d. l.* 5. §. 2. *ff. commodati; l.* 1. §. *si convenerit* 6. & §. *sæpe evenit* 35. *ff. h. t.* vel sponte se depositarius obtulerit deposito, *d. l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. h. t.* vel solius depositarii vertatur utilitas, juxta facti speciem in *l. si quis nec causam* 4. *ff.*

de rebus creditis. Denique nec casum præstat fortuitum, nisi id actum sit, ut tantundem reddatur, eo quod tunc in creditum itum intelligitur, & hactenus depositum mutuo in eo tertio exæquatum est, arg. *l. Lucius Titius* 24. *ff. h. t. l. in navem* 31. *ff. locati,* vel res casu perierit post litem contestatam, non interitura actori, si tempore litis contestatæ fuisset restituta, *l. si in Asia* 12. *§. ult.* junct. *l. si plures* 14. *§. 1. ff. h. t.* adde *tit. de rei vindicat. num.* 34. Sane si depositarius rem possidere desierit sine dolo aut culpa tali, ad cujus præstationem obstrictus erat, ne cavere quidem tenetur, *si deprehenderit, eam reddi;* licet reddere teneatur, ubi postea res iterum ad eum pervenit, *l. si sine dolo* 20. *ff. h. t.* junct. *l. 1. §. inde scribis* 21. *ff. h. t.* Quod si dolo malo rem apud se depositam vendiderit, iterumque redemerit in causam depositi, ac tunc illa casu perierit, ob dolum præcedentem adhuc ad pretii integri & ejus quod interest restitutionem obligatus est, cum nata semel obligatio ex venditione dolosa ad pretium & id quod interest, haud evanescat per supervenientem rei redemtionem, nec dolus purgetur, *l. 1. §. si rem depositam* 25. *ff. h. t.* Vinnium *ad Peckium de re nautica ad l. ult. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de jactu, lit. B. pag.* 287. 288. Aliud dicendum, si heres depositarii rem depositam bona fide distraxerit, putans eam defuncti propriam esse: tunc enim de pretio tantum, quod inde redegit, tenetur, nec ob id, quod sorte minoris vendiderit, deponenti devinctus est; ac si pretium necdum consecutus sit, actionem deponenti cedendo liberari potest. Si tamen redimere possit, nec id faciat, vel alia ratione suam jam factam præstare recuset, causatus, quod semel ignarus vendiderit, culpa, imo fraude non caret, *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. ff. h. t.*

8. An autem deponens rem a depositario alienatam in tertium vindicare possit, latius exposui *tit. de rei vindic. num.* 12. Et an teneatur depositarius, si res suas ex incendio eripuerit, depositas perire passus sit, dictum *tit. commodati num.* 4.

9. Ceterum si hac conventus actione depositum restituere contumaciter detrectet, adversus eum in litem juratur, *l. 1. §. in depositi* 26. *ff. h. t.* Neque hanc restitutionem impedire potest compensatio, *l. pen. C. h. t. l. ult. §. 1. in fine C. de compensat.* nec retentio ob impensas in ipsam rem depositam factas. Confer *tit. commodati num.* 10. nec exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. in contractibus* 14. *§. sed quoniam* 1. *C. de non numerat. pecun.* nec intercessio seu prohibitio tertii, nisi verus dominus rem suam a non domino apud se depositam probato confestim & in continenti dominio retinere velit, & ita relata domini quæstione, asserere depositum ab initio non substitisse, arg. *l. qui rem suam* 15. *ff. h. t.* vel rem sibi a prædone surreptam, ab eoque depositam, sibi potius quam prædoni restitui oportere contendat, *l. bona fides* 31. *§. 1. ff. h. t.* Si quis enim alius restitutioni intercedat, non modo deponenti præstat omne damnum, quod is inde passus est; sed & usuras trientes ex tempore intercessionis, *l. pen. in fine, & auth. sed jam C. h. t.* Non etiam restitutionis necessitatem minuit aut tollit, quod forte pactum depositæ pecuniæ adjectum fuit, *ut depositarius, si voluerit, utatur,* quamdiu ea usus non est, *l. 1. §. si pecunia apud* 34. *ff. h. t.* vel ut demum *post certum tempus* aut *post deponentis vel depositarii obitum* reddatur depositum: quamvis enim id ea efficiatur conventione, ne depositarius invito deponenti maturius reddere possit, seque a custodiæ necessitate liberare, sed secundum modum ac tempus præscriptum servare rem teneatur, nisi justissima quædam causa interveniat, arg. *l. ei, apud quem* 5. *§. ult. ff. h. t. l. is, penes* 8. *C. h. t.* Grotius *manud. ad Iurisprud. Holl. l.* 3. *cap.* 7. *n.* 13. non tamen ipsi obest deponenti, quo minus ante tempus pacto expressum revocet depositum, *l. 1. §. si deposuero* 45. *&* 46. *ff. h. t.* Cum enim solius vertatur deponentis utilitas, neque ullum depositario, ex repetitione maturiore generetur præjudicium, sed magis ipse ab onerosæ custodiæ liberetur necessitate; merito scriptum fuit hoc ipso dolum facere eum, qui suscepit depositum, quod vel statim ab initio reposcenti rem non reddat, *l. 1. §. est autem* 22. *ff. h. t.* Sciendum interim, moribus nostris mediante arresto impediri posse per quemvis rei depositæ restitutionem; quamvis & verum sit, laxari quantocius arresti vinculum, si deponens, cujus intererat restitui depositum, in gratiam sistentis idoneam interposuerit cautionem, Groenewegen *ad l. pen. & auth. sed jam C. h. t.*

10. Contraria actio depositi datur depositario contra deponentem, ad recuperandas impensas in rem depositam factas, sive graves, sive leves; cum non ita hic, uti quidem in commodato, impensæ modicæ possint compensari, cum rei usu, qui apud depositarium ex natura depositi nullus est, *l. actione* 23. *ff. h. t.* Præterea ad damna, quæ depositarius ex re deposita vel ejus occasione passus est, *l. ei, apud quem* 5. *ff. h. t.* adeo ut nec pro damno res deposita noxæ dari aut apud depositarium relinqui possit, ne ei officium, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum sit, ut ait Africanus in *l. si servus communis* 61. *§. quod vero* 5. *ff. de furtis,* qui sibi ipsi non censendus est contrariari in *l. si servus pignori* 31. *ff. de pignorat. act.* quæ est desumta ex eodem libro 8. quæstionum, ex quo & *d. l.* 61. petita fuit; quod enim comparationem illic instituit inter servum pignoratum, commodato datum, & depositum, si creditori commodatario aut depositario furtum fecerit, id tantum in eo tertio est, quo per dominum scientem ex istis causis datus est, secundum ea, quæ comparationi isti, in fine demum legis propositæ, immediate præmissa erant. Et quamvis in commodato, quod in *d. l.* 31. *in fine* jungitur deposito, idem obtineat per omnia, quod in pignore, ut ita demum cesset noxæ deditio, si dominus sciens servum furem commodato dederit, *l. pen. ff. commodati;* non tamen ideo necesse fuit, ita deposito quoque id obtinere; maxime, cum depositarius officium præstet, quod ei damnosum esse non debet, *d. l.* 61. *§.* 5. *ff. de furtis,* at commodatario beneficium præstitum sit per usus concessionem, *l. in commodato* 17. *§. sicut* 3. *ff. commodati,* cui consentaneum, nec commodanti ac officium præstanti suum beneficium damnosum esse; ac proinde eum liberari oportere noxæ dando, uti liberaretur, si servus commodato non datus nocuisset. Distat interim hæc contraria actio a directa in eo, quod hic non tam agatur de fide rupta, quam potius de calculo & indemnitate; quo fit, ut neque jusjurandum in litem hic deferatur, *l. ei, apud quem* 5. *pr. ff. h. t.* neque da-

mnatus infamis sit, *l. furti accipe* 6. §. *ult. ff. de his qui not. infam.*

11. Præter depositum ordinarium, quod a libera voluntate proficiscitur, ac hactenus expositum est, aliud insuper occurrit, quod ex necessitate causam habet, ac vulgo *miserabile* dicitur, cum scilicet incendii, ruinæ, naufragii, tumultus gratia res deponitur, ita ut deponens nullam aliam deponendi causam habeat, quam imminens ex suprascriptis periculum amissionis, *l.* 1. §. 1. & 3. *ff. h. t.* In qua depositi specie id singulare est, quod depositarius ex inficiatione in duplum teneatur, ut ita quisque metu pœnæ discat perfidiam evitare, dum certi amici notam probatamque fidem eligi non patitur impatiens moræ periculum præsens, *d. l.* 1. §. 1. & *seqq. ff. h. t.* cujus inficiationis pœnam heres quoque depositarii ex proprio, non item ex defuncti dolo subit; quippe ex defuncti inficiatione nec ultra annum, nec amplius quam in simplum obstrictus, ac nec ultra eam partem, ex qua heres est, *l.* 1. §. 1. *l. de eo* 18. *ff. h. t.* Quam tamen dupli pœnam, uti in aliis, ita & in hoc deposito, ab usu recessisse tradit Groenewegen ad *l.* 1. *ff. h. t.*

12. Est denique & *sequestrarium* depositum, quod Paulo definiente, a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur, *l. proprie* 6. *ff. h. t.* seu, cum res litigiosa a litigantibus aut judice, plerumque ex partium consensu, penes tertium deponitur, ut post litis eventum victori, vel post impletum illud, quod impleri placuerat, restituatur, *l. propter* 5. *C. h. t. l. licet deponere* 17. *ff. h. t.* Unde & sequester a Papiniano & Modestino describitur, tanquam vir bonus & æquus, *apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt*: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur, *l. sequester* 110. *ff. de verbor. signif.* junct. *l. postquam* 5. §. 1. *post med. ff. ut legat. seu fideic. serv. causa cap.* Quamvis & apud fœminam res sequestrari, nihil vetet, *l. deinde ait* 3. §. *ult. ff. de liberis exhib.* Estque simplici depositario in eo similis, quod non magis in hunc, quam in illum vera transeat possessio, sed tantum nuda detentio rei, adeo ut sequester possidere intelligatur nomine ejus, qui victor in lite evasurus est, & possessio medii temporis ei profutura; nisi aliud actum sit, *l. interesse puto* 39. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* uti id actum fuit in facti specie quæ est in *l. licet deponere* 17. §. 1. *ff. h. t.* quippe in qua de ipsa possessione sequestrata agitur; ait enim Florentinus, *rei depositæ proprietatem apud deponentem manere, sed & possessionem; nisi apud sequestrem deposita est*, ipsa scilicet possessio: *nam tum demum sequester possidet*, adeoque non omni casu, non, cum simpliciter res, sed tum demum, cum ipsa possessio litigiosa sequestrata fuit; *id enim agitur ea depositione* possessionis, *ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Atque ita idem plane in hac lege traditur, ac iisdem prope verbis, quod in *d. l.* 39. post regulam propositam circa exceptionem scriptum fuit.

13. Quæ vero sequestrorum circa res sequestratas potestas, quodnam officium sit, an fructus percipere, an res perituras vendere, & alia plura facere; id dijudicandum fere ex iis, quæ de curatore bonis dato tradenda erunt *tit. de curatore bonis dando*: Illud vulgo in praxi receptum videtur, sequestros durante sequestratione prædiorum, quibus jurisdictio patrimonialis, vel jus patronatus cohæret, posse jus illud utrumque exercere, & beneficia ecclesiastica, vel munera civilia secundum jurisdictionis amplitudinem conferre, arg. *cap. ne pro defectu* 42. *extra de elect. & electi potest* ut post Corasium *miscellan. lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 16. & alios tradit Wissenbach ad *Pand. h. t. n.* 21.

14. Invitis autem litigantibus sequestratio rerum permissa non est, cum executionis quædam species sit, a qua haud temere inchoandum, *l. unic. C. de proib. sequestrat. pecun.* nisi justa quædam causa subsit, veluti si periculum sit, fore, ut litigantes ad arma veniant, arg. *l. si cujus rei* 13. §. *sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* vel metus dilapidationis, aut fugæ, vel contumacia adversarii sui copiam non facientis, aut ex judicis præcepto haud caventis, *l. ab executione* 5. *Cod. quor. appell. non recip. l. Imperatores* 21. §. *ult. ff. de appellat. l. si cum dotem* 22. §. *sin autem* 8. *ff. soluto matrimon.* arg. *l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog. l. litibus* 20 *C. de agric. & censitis l. senatusconsulto* 16. *ff. de off. præsidis.* Quibus in casibus etiam numeratæ pecuniæ sequestrationem fieri, nihil impedit: licet enim ea perire nequeat, quatenus ut genus consideratur, ipsa tamen nummorum corpora & expendi & interire possunt, atque ita, adversario pauperiore facto, difficilior reddi persecutio pecuniæ litigiosæ. Impediri tamen plerumque potest sequestratio facienda, & quæ jam facta est, in irritum deduci re restituta, si possessor rei idoneam offerat cautionem de re præstanda vel restituenda; ubi id sua judex sententia præceperit, arg. *l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog. l.* 1. §. *si pecunia* 36. *in fine*, et §. 37. *l. si plures* 14. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. l.* 1. *C. de Carboniano edicto, l. postquam* 5. §. 1. *ut legat. non cav.* Argentreus *ad consuetud. Britan. art.* 125. *glos.* 1. nisi sequestratio ob id decreta fuerit, quod possessor rei jam rebus ipsis & factis fraudulenter rem litigiosam cœpisset reddere deteriorem, indeque præsumtio nata sit, eum & in posterum eam dolo corruptum; tunc enim rem etiam oblata cautione oportere sequestrari, verius est, quia satisdatio tunc propositum malevolum possessoris non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præbet, §. *novissime* 12. *Instit. de suspect. tutor.* Parens p. mem. Paulus Voet *tract. de natura mobil. & immobil. cap.* 21. *n.* 5. *in med.* Extra quem casum, cum quisque præsumatur in dubio magis diligens & bonus futurus, magis est, ut cautionis præstatio admitti debeat, secundum leges ante allegatas. Frustra dissentiente Ant. Fabro *C. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 8. dum contendit, sententiam sequestrationis in forma specifica implendam esse; non considerans, hanc de sequestratione facienda non definitivam, sed interlocutoriam esse, nec litem finire; sed tantum litigantes securos facere, qui si alia ratione ac via ordinaria securi esse queant, puta cautione, non ultra debuit ab executione, cujus species quædam est sequestratio, initium fieri, sed potius quod jussit prætor, nunc propter oblatam satisdationem idoneam, contrario imperio tollendum foret, *d. l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog.* junct. *l. quod jussit* 14. *ff. de re judic.*

15. Ex sequestratione actio depositi sequestratoria

nascitur, tum directa tum contraria; in quibus eadem fere obtinent, quæ de vulgata ac ordinaria depositi actione superius sunt tradita, *l. ei, apud quem* 5. §. 1. 2. *l. si in Asia* 12. §. 2. *ff. h. t.* eo excepto, quod non utrique deponenti, sed soli victori, adeoque non omni tempore, sed demum post latam sententiam, actio hæc detur, *l.* 1. §. *est autem* 22. *in fine ff. h. t.* unde si lis super re sequestrata ad finem non perducatur, non per hanc depositi sequestrariam, sed magis per præscriptis verbis actionem, repetendum foret quod sequestratum est, *l. si quis affirmaverit* 9. §. *Labeo* 3. *ff. de dolo malo.* Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 23. Privata auctoritate, vi atque armis, subducere rem sequestratam, usque adeo illicitum, ut jure & actione omni cadere debeat, quisquis id ausus fuit, arg. *l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. quod met. causa*, *l. si quis in tantam* 7. *Cod. unde vi*; etsi hanc crediti amittendi pœnam moribus passim, exemplo pœnarum aliarum legalium sublatam velint Carpzovius *defin. for. part.* 4. *constit.* 35. *defin.* 11. Groenewegen. *ad* §. 1. *Instit. de vi bonor. rapt.*

16. Deposito sequestrario similis in multis ædium, cistarum, cubiculorum, sarcinarum obsignatio solemnis auctoritate publica facta (*Versegeling.*) quo casu ista resignare privato fas non est, ac resignans coercendus. Plane si omnes illi, in quorum favorem sigilla publica fuerunt impressa, communi consensu ea detraxerint, vix est, ut pœnam incurrere intelligantur, cum his, quæ pro se introducta sunt, rebus ipsis ac factis renunciare queant, arg. *l. ult. ff. de his quæ in testam. delentur*, junct. *l. pen. Cod. de pactis*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 180.

17. Observandum autem, depositiones illas, quæ olim frequentes erant in æde sacra, hodiernis moribus magis apud acta fieri; quo casu si graphiarius, actuarius, & similes, quibus pecuniæ sic depositæ cura incumbit, in suos usus eam converterint, ad usuras condemnandi forent, Groenewegen ad *l.* 4. *C. depositi*, & si bona eorum solvendo non sint, prima ratio habenda erit eorum, qui fidem publicam secuti pecunias hac ratione apud eos depositas habuerunt, arg. *l. si hominem* 7. §. 2. 3. *l.* 8. *ff. h. t.* de quo latius ad *tit. qui pot. in pign.* Ut tamen in subsidium non teneantur magistratus, qui talem elegerunt personam publicam, si dolo careant. Licet enim in magistratus, qui non idoneum dederunt tutorem, subsidiaria pupillis ad indemnitatem actio data sit, §. 2. & *seqq. Instit. de satisd. tut. tot. tit. ff. de magistrat. conveniendis*, id tamen cum singulari pupillaris ætatis favore sic introductum fuerit, ad consequentias trahendum non est præsertim, cum magistratus rem quidem publicam, at non rem privatorum, salvam esse spondeant, arg. *l.* 1. *pr. ff. de magistrat. conveniend.* ac ne ipsis quidem pupillis teneantur, quoties tutores ab ipsis constituti tempore dationis idonei fuerunt, quamvis postea destitissent tales esse, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. *ff. de magistr. conv.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 195.

LIBER SEPTIMUSDECIMUS.

TITULUS I.

Mandati vel contra.

SUMMARIA.

1. *Mandatum unde dicatur; & in quo distet a commendatione?*
2. *Quid sit mandatum? an honorarium intervenire possit? an promissum certum aut incertum peti possit, & qua actione? Quid moribus obtineat?*
3. *Quo modo tacite mandetur? & an in dubio præsumatur mandatum intervenisse? Quo modo tacite mandatum suscipiatur, & an suscepisse videatur, qui per literas mandati non respondet, sibi mandatum displicere?*
4. *Cujus gratia mandari possit? an & solius mandatarii gratia? An & qua respectu obligatorium sit mandatum, si quis solius mandatarii gratia mandaverit, certæ personæ tanquam idoneæ credi? & quid moribus servetur?*
5. *Qui possint mandare? an mandatarius rursus alteri negotium sibi mandatum? an deportati? an servi?*
6. *Mandatum rei turpis an, & quo respectu, ac inter quos obligatorium sit? Et quid, si adolescens luxuriosus mandet scienti, ut pro meretrice fidejubeat, filiof. mutuum credat? Si quis mandet ignoranti id quod in se turpe non est, lædit tamen jus tertii, veluti, ut arbores cædantur, quas mandatarius putat mandantis esse, solus mandans tenetur.*
7. *Actus legitimi non possunt mandari. Si tamen extraneus heredi mandet, ut is adeat, obligatur heredi.*
8. *Actio mandati directa cui detur, & contra quos? An primo mandanti contra secundum mandatarium? Quod juris, si plures simul mandatum susceperint?*
9. *Ad quid tendat hæc actio? ubi & de actionum per mandatarium quæsitarum cessione; de usuris per mandatarium præstandis; & qualem culpam mandatarius præstare debeat?*
10. *Contraria mandati actio cui detur; contra quos? quid juris sit, si plures mandaverint? Ad quid tendat? ubi & de impensis, earumque usuris? & quid juris? si mandans parcius fuisset impensurus, vel negotium ad finem perductum non sit, vel exitum optatum non habuerit? quid si reus criminis tertio nummos dederit distribuendos, ut delicti gratiam impetret, sed irrito successu?*
11. *Quid juris, si mandatarius excesserit mandati fines, circa impensarum repetitionem, & alia? An impensas recuperet, qui mandatum implevit per æquivalens?*

12. *Qui alterius mandato & in alterius commodum impendit in rem suam propriam, impensas non repetit, quatenus res inde pretiosior facta est, sed tantum in reliquum actio datur.*

13. *Petit & mandatarius, se liberari ab obligatione, si quam subiit mandati occasione. Qualia damna mandati occasione illata repetere a mandante possit, vel non? ubi & de mandatario per latrones spoliato.*

14. *Potest & jure compensationis indemnis fieri mandatarius, si termini habiles sint?*

15. *Finitur mandatum morte mandantis, & cur? Cujus mors spectetur, si mandatarius iterum alteri mandaverit? Recensentur casus excepti, quibus mandatum durat post mortem mandantis.*

16. *Finitur morte mandatarii? Quid si heredes mandatarii scientes executi sint? Quid si ignorantes, ac putantes negotium esse defuncti proprium? An tunc per heredes gesta rescindi possint, ubi id mandans petit, & cur non æque rescindantur impleta per mandatarium post mortem mandantis?*

17. *De revocatione & renunciatione mandati, & quando illud fieri possit, quando non? præsumitur quandoque revocatio, si mandans aut mandatarius foro cesserit, si quis duobus idem mandet diversis temporibus, non item per speciale mandatum, si generale præcesserit; nec alias regulariter. Non potest revocari mandatum, quo actio certa; nec si ad mandatum stipulatio aut delegatio secuta sit.*

1. MAndatum dictum a datione manus, quia, ut Isidorus ait libr. 4. origin. cap. 24. *olim in commisso negotio alter alteri manum dabat*, & manus fidei signum erat: trahitque originem ab amicitia, *l. 1. §. ult. ff. h. t.* ac differt a commendatione in eo, quod qui mandavit, obligetur, qui commendavit, non item, *l. si vero 12. §. cum quidam 12. ff. h. t.* Christinaus *vol. 3. decis. 34. num. 6.* quasi commendanti non absimilis videtur, qui amicabilem tantum affectionem in negotio gerendo præstitit in monendis procuratoribus, & actoribus, & in consilio regendis, *l. idemque & 10. §. si quis ea 7. ff. h. t.* Confer Wissenbach *ad Pand. h. t. n. 3. 4. 5.*

2. Est autem mandatum contractus bonæ fidei consensu constans, quo negotium honestum alteri id suscipienti gratis gerendum committitur. Mercedem respuit, quippe quæ officio & amicitiæ contraria est, *d. l. 1. §. ult. ff. h. t.* non tamen *honorum* seu *salarium*, quod a mercede diversum est, licet aliquando improprie *merces* in jure nostro, & *quasi merces*, & *merces officii* appelletur, *l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilius Regulus 27. ff. de donation. l. 1. §. Divus 13. ff. de extraord. cognit.* magis proprie remuneratio *l. 6. pr. l. 7. l. idemque & 10. §. ult. l. si vero non 12. pr. ff. h. t.* Quo salario interveniente, mandatarius *salariarius* nuncupatur, *l. idemque 10. §. idem Labeo 9. ff. h. t.* ejusque promissi persecutio ita demum jure Romano fieri potuit, si certum quid mandatario promissum sit; nam si pollicitationis incertæ salarium promissum fuerit, neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati ut certum constituatur, *l. qui mutuam 56. §. salarium 3. ff. h. t. l. salarium 17. C. h. t.* In quo secundum jus Romanum distincti a procuratoribus Advocati, etiam non promissi salarii petitionem habentes, eo quod publicum Advocatorum, non item procuratorum officium est, *l. Divus Antoninus 4. ff. de extraor. cognit.* Neque tamen ad persequendum salarium certum promissum actione mandati agi potest, sed extraordinaria Præsidis cognitio imploranda ac præbenda est; cum de salariis solitum fuerit extra ordinem jus dici, *l. 1. l. salarium 17. C. h. t.* Non obstante *l. si remunerandi 6. pr. ff. h. t.* quippe quæ, dum habet, *si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*, non aliud vult, quam per honorarii promissionem non everti substantiam mandati, nec illud in locationis conductionis aut alterius contractus speciem transire, sed, non obstante honorarii interventu, manere nihilominus mandatum, & competere mandati actionem, non ad honorarium ipsum, verum ad ea, quæ mandato comprehensa, & secundum naturam ejus præstanda sunt, juxta *d. l. 1. C. h. t.* Adde Wissenbach ad *Pand. h. t. n. 16. 17. 18.* Moribus tamen procuratores ad lites etiam non promissa salaria recte petere, monui *tit. de procur. num. 1.* Nec ab æquitate alienum fuerit, id quoque ad negotiorum extrajudicialium mandatarios porrigere, ut nempe arbitrio judicis aut viri boni honoraria, incertæ licet pollicitationis, pro officii præstiti modo consequatur: si modo soliti fuerint non gratis opem aliis præbere, sed exigere operæ navatæ remunerationem, Groenewegen ad *l. 17. C. h. t.* Leeuwen *cens. forens. part. 1. lib. 4. cap. 24. n. 13.*

3. Interponitur mandatum non expresso tantum, sed & tacito consensu, dum quis præsens, & sciens, nec contradicens, per alium sua geri negotia patitur, *l. si fidejussor 6. Cod. h. t. §. 1. Instit. de iis per quos agere poss. l. si remunerandi 6. §. si passus 2. l. qui patitur 18. ff. h. t.* Confer *tit. de procurat. num. 9.* Quamvis alioquin in dubio mandatum non præsumatur intercessisse, sed tanquam tale, quid, quod facti est, probandum sit ab eo, qui se mandato instructum ait, arg. *l. 1. Cod. de mandatis Principum cap. cum in jure 31. extra, de offic. & potest. jud. deleg.* ibique DD. Responsa Jurisc. Holland. *part. 2. consil. 185.* Confer Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 7. tit. 4. & seqq.* Mascardum *de probat. conclus. 1008. & seqq. ad conclus. 1017.* Suscipitur quoque vel expresse vel tacite: licet enim ex solo silentio ejus, cui mandatur, colligi nequeat consensus ejus, *l. filiusfam. 8. §. invitus 1. ff. de procurat.* arg. *l. qui tacet 142. ff. de reg. jur.* rebus tamen ipsis & factis, veluti adimplendo ea, quæ sibi mandata sunt, recte suum declarat assensum. Qua ratione, si quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, & Titius oblatam sibi a promissore solutionem acceptet, eum, velut ex suscepto per agendorum executionem mandato tacito, teneri mandati actione, patet ex *§. si quis alii 4. Instit. de inutil. stipul. l. qui res suas 98. §. qui stipulatus 5. ff. de solut.* Quin & si absenti per literas quid mandatum sit, nec is quantocius rescribat, sibi displicere mandati conditionem; suscepisse hoc ipso mandatum credi potest; maxime, si & alias solutus fuerit exsequi, quæ præstare vel facere per epistolam ab eo rogatus erat, arg. *l. si filiusfamilias 16. ff. ad senatusc. Maced.* Costalius *ad l. 27. ff. h. t.* Hugo Grotius *inter responsa Jurisc. Holl. part. 5. vol. 2.*

consil. 180. *num.* 1. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 24. *th.* 2. Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 2.

4. Verti autem potest in mandato vel solius mandantis utilitas, §. 1. *instit. h. t. Quintus Mucius* 48. §. 1. *ff. h. t.* vel mandantis & mandatarii; vel mandantis & tertii; vel mandatarii & tertii; vel tertii tantum, *pr.* & §. 2. 4. 5. *inst. h. t. l. mandatum* 2. *pr.* & §§. *seq. ff. h. t.* vel denique mandantis, mandatarii, & tertii, cujus exemplum est in *l. si procuratorem* 8. §. *si tutores* 4. *ff. h. t.* Solius mandatarii gratia si mandetur, consilium magis, quam mandatum est, & ob id non obligatorium; eo quod liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium, illudque non sequi, *l. mandatum* 2. §. *ult. ff. h. t.* §. *tua tantum* 6. *inst. h. t.* nisi consilium fraudulentum fuerit; quo casu de dolo actio est, *l. consilii* 47. *ff. de reg. juris*, *l. idemque* 10. §. *si quis ea* 7. *in fine ff. h. t.* vel de certa persona rogatus, de qua dubium erat, utrum ei satis tuto crederetur, responderit, *periculo meo crede, bene credis*, *l. si vero* 12. §. *si quis mandaverit* 13. *ff. h. t.* vel denique tibi quis consulerit, certæ personæ credi; quia non aliter crediturus fuisses, quam si id tibi mandatum esset, *d.* §. *tua tantum* 6. *in fine inst. h. t.* Quod & Ulpiano placuit, *l. si remunerandi* 6. §. *plane* 5. *ff. h. t.* Idque non ad eum effectum, ut mandans directam haberet hoc in casu mandati actionem; cum certum sit, eam tum demum competere, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit, & si nihil intersit, cessare mandati actionem, denique eatenus competere quatenus interest *l. si procuratorem* 8. §. *mandati actio* 6. *ff. h. t.* sed magis ad id, ut mandatario contraria ad indemnitatem actio detur adversus mandantem, si forte ab eo, cui credidit, quique nunc minus appareat idoneus, creditum servare nequeat. Cujus ea ratio est, quia ita mandans re ipsa similis est fidejussori, neque multum refert, præsens quis interrogatus fidejubeat; an absens mandet, *l. si hereditatem* 32. *in med. ff. h. t.* Et sane, si mandati tenearis secundum Ulpianum, cum tibi mandavi, *ut vires excuteres ejus, cui eram crediturus*, & renunciasti, eum idoneum esse, *l. si mandavero* 42. *ff. h. t.* quidni & tunc tenearis, cum ab initio mandans mihi, ut ei credam, tanquam idoneo, cui non credidissem, si tu mihi non mandasses. Nec recte verba finalia *d.* §. 6. *inst. h. t.* acceperis de casu illo, quo vel solius tertii, vel mandatarii & tertii, utilitas vertitur. Etenim de mandato aliena tantum gratia interposito jam ante actum fuerat in §. 3. & de eo, quod mandatarii, & aliena gratia intercesserat, in §. 5. at in §. 6. de mandato solius mandatarii intuitu interposito, quod restabat excutiendum, sermo ex professo instituitur, ac, cum monitum esset, *illud obligatorium non esse, quia nemo ex consilio mandati obligatur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an sibi expediat mandatum*; mox subjungitur, *adeo hæc ita esse, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fænerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse hoc in casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.* Patet sane, agi de mandato solius mandatarii gratia interposito; patet, illud non esse obligatorium; patet denique exceptionem a regula esse, & obligatorium fieri, si mandet quis tibi, ut Titio fœnerares, idque ex Sabini sententia: at exceptionem oportere esse de regula, notissimum axioma est; ac proinde ineptus plane foret Justinianus, si regulam concipiens de mandato mandatarii solius intuitu interveniente, exceptionem posuisset in exemplo pertinente ad interpositum aliena tantum gratia mandatum. Cui accedit, quæstionem in *d.* §. 6. proponi a Justiniano de casu, in quo veterum Jurisconsultorum dissensus fuit, & in quo tandem magis obtinuisse dicitur Sabini sententia: nuspiam autem dissensus istius vestigia apparent de casu, quo aliena tantum, vel mandatarii simul & aliena utilitas vertebatur. Nec jam dictis adversatur, quod in *l.* 1. §. *idem Pomponius* 14. *ff. depositi* dicitur, si apud te volentem me deponere, jusseris apud libertum tuum deponere, tuque ita suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, nec mandati te teneri, quia rem meam gessi. Considerandum enim, Ulpianum auctorem *d. l.* 1. id non tam ex sua mente, quam ex Pomponii sententia proposuisse; dum in *d.* §. 14. ait, *idem Pomponius quærit &c.* & *ait &c.* idque, quia res erat, ut dixi, controversa inter Sabinianos & Proculianos, an eo casu esset mandati actio. Et licet Ulpianus in *d. l.* 1. §. 14. non directo contradicat Pomponio, tamen nec assensum ei præbet, sed, decisione quæstionis illius in medio relicta, casum alium minus dubium, nec inter Sabinianos & Proculianos controversum, subjungit, suumque de eo judicium interponit, *sed si mandasti*, inquit, *mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video.* Interim in casu priore, in quo Pomponius dixerat, non esse mandati actionem, aliam ac contrariam Ulpiano stetisse sententiam, patet apertissime, cum scribit, plane, si tibi mandavero quod tua intererat nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio, *d. l. si remunerandi* 6. §. *plane si* 5. *ff. h. t.* Instabis forta, Ulpianum ipsum dedisse doli actionem adversus eum, *qui evidenti calliditate affirmaverat, idoneum esse illum, cui mutua pecunia dabatur*, *l.* & *eleganter* 7. §. *ult. ff. de dolo*, quam concedere non potuisset, si contra talem contraria, ac non infamans mandati actio superfuisset. Sed non premunt ista, si attendas, in *d. l.* 7. §. *ult.* Ulpianum æque, ac in *d. l.* 1. §. 14. *ff. depositi*, referre Pomponii sententiam, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione, cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod nisi ex magna, & evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii sententia, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod nisi ex magna, & evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii, omnem mandati actionem denegantis, opinione. Ne dicam, actionem doli ab Ulpiano satis recte in ista facti specie potuisse concedi, dum non modo ad eam recurrit, cum alia actio non est, sed &, cum dubitatur, an alia esse possit,

arg. *l.* 1. *pr.* & §. 1. *ff. de praescript. verbis*, qualis dubitatio hic omnino suberat, dum alii dabant, alii denegabant mandati actionem. Minus stringit, quod nostrae sententiae objicitur, *proxenetam nominis faciendi gratia intervenientem non teneri quasi mandatorem, quia monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudat nomen*, teste Ulpiano in *l.* 2. *ff. de proxeneticis*. Etenim, hoc ipso, quod ab Ulpiano quaeritur, an proxeneta nominis faciendi gratia interveniens teneatur quasi mandator, & dicitur eum non teneri quasi mandatorem, supponitur ab ipso, mandatorem teneri, si non ut proxeneta nomen monstrasset, sed vere mandasset. Porro separatur merito proxeneta a mandatore, diciturque non teneri, quia, ut habet *l.* 2. monstrat magis nomen, quam mandat; nec ipse contrahit, sed contrahentibus *medius & mediator* dicitur, *novell.* 90. *cap. quoniam* 8. utrique contrahenti aeque addictus, in negotio inter alios gerendo *operulam & ministerium quale quale accommodans, & in contractibus licitis ac commerciis utilem non improbabili more se exhibens*, *l. de proxenetico* 3. *ff. de proxeneticis*, nec longe a nunciis epistolae vicem gerentibus distans. Ut proinde a proxeneta ad eum, qui certae personae credi mandavit, argumentum duci nequeat; non magis quam ab arbitratore, cujus arbitrio quid gerendum erat, quique non animo procuratoris intervenire, sed affectionem amicabilem in monendis procuratoribus & actoribus, ac consilio regendis, promisisse, & ideo non mandati, sed de solo dolo teneri dicitur, *idemque* 10. §. *si quis ea* 7. *ff. h. t.* Denique nec nostram evertit sententiam, quod Celsus monuit, extra mandati formam esse, *ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen*, id est, *ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat: quemadmodum si mandem, ut tibi* (ita legendum cum Haloandro, non *mihi*, notante Gothofredo) *quemvis fundum emas*, *l. Quintus Mucius* 48. §. *ult. ff. h. t.* Non enim illic certa persona tanquam idonea, cui crederetur, designata fuit; suasit generaliter, credi cuicunque, pecuniam foenori dari, quo ipso nullum mandatum contrahi intelligebatur, sed tantum consilium, secundum *d.* §. 6. *Instit. h. t.* Ne dicam, legem non negare, eum teneri, qui mandavit generaliter suo periculo nummos foenori dari, sed tantum asserere, id genus conventionis *extra formam mandati esse*; & licet verum sit, eam rem notissimos egredi mandati terminos, tamen ubi ita convenerit, lex contractus servanda est; ut in simili loquitur Papinianus in *l. Lucius Titius* 24. *in fine ff. depositi.* Unde &, si mandares mihi, ut periculo tuo apud certum hominem deponam rem meam, Ulpianus professus est, se non videre, cur non sit mandati actio, *d. l.* 1. §. *idem Pomponius.* 14. *in med. ff. depositi.* Ceterum, etsi haec ita disputata ex Romani juris principiis vera sint, tamen praxi contrarium invaluisse, vult Groenewegen ad §. 6. *Instit. h. t.* post Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 5. *cap.* 5. *n.* 53. Christinaeum *vol.* 1. *decis.* 111. *numer.* 12. & *seqq.* & alios ibidem allegatos, quibus adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 242. 252. 277. Non desunt tamen, quibus placet, etiamnum inter mercatores ita jus esse, ut ad instar fidejussoris obligetur, qui ignoto tanquam idoneo merces credi persuasit rogavitve, ut ut bona fide. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 18. *defin. ult.* ibique alii citati. Quod & usu constante Antwerpiae inter mercatores servatum fuisse, observat Neostadius *Curia supr. decis.* 5. Sim. van. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 17. *num.* 17.

5. Mandare potest quilibet, qui & contrahere; ipse etiam mandatarius negotium sibi ex mandato commissum, etsi enim in mandato certo personae industria eligatur, & magna subinde inter artifices differentia sit, *inter artifices* 31. *ff. de solution.* tamen nihil impedit, quominus mandatarius primus vicaria alterius opera in exsequendo mandato utatur, dum plurium hominum saepe aequalis peritia atque industria est, arg. *l. veteris juris* 14. *in fine C. de contrah. & committ. stipul.* non quidem ad id, ut mandanti primo noceat, vel ut mandanti primo adversus mandatarium secundum actio quaeratur; sed ut mandatarius primus contra secundum, & primus mandans contra primum mandatarium de neglectis, ac residuis aliisque similibus actionem habeat, adeoque suo periculo mandatarius primus alteri mandet, *l. si quis mandatu* 28. *ff. de negot. gestis*, *l. si procuratorem* 8. §. *si quis* 3. *ff. h. t.* junct. arg. *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *ff. depositi*; Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 15. Si tamen procurator ad lites sit, ante litem contestatam alteri non recte mandat illud agendi jus, *l. neque tutores* 11. *C. de procurat.* Et ad eum casum restringi oportere vulgatam regulam, *procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse*; in negotiis extrajudicialibus contra servari, monet Ulpianus *l. si procuratorem* 8. §. *si quis mandaverit* 3. *ff. h. t.* Adde *t. de procurat. num.* 2. 3. ubi & discutitur, an procurator ad negotia datus possit alium ad lites substituere. Deportati mandare possunt, quatenus juris civilis est, arg. *l. deportatus* 15. *ff. de interdict. & relegat. l. sunt quidam* 17. §. 1. *ff. de poenis.* Quibus non obloquitur Paulus Jurisc. cum ait, eum, cujus bona publicata sunt, mandare posse, utilemque ei contra mandatarium, si is fidem non praestet, actionem dari, *l. si mandavero* 22. §. *is, cujus* 5. *ff. h. t.* cum intelligi possit de relegato, cujus bona licet non soleant publicari, ex causa tamen publicari possunt, *l. relegatus* 14. §. *magna* 1. *ff. de interdict. & relegat.* qualis relegatus integrum statum retinet, *l. relegatus* 18. *ff. eod. t.* Nisi quis malit *d. l.* 22. §. 5. accipere de deportato, qui bona quaedam de facto detinet per conniventiam aut negligentiam a fisco non occupata; aut qui post deportationem bona quaedam acquisivit, quorum intuitu utilibus actionibus uti conveniri ita & experiri potest, *l. sed si alia* 5. §. 1. *ff. de bonis damnat. d. l.* 14. §. *ult.* junct. *d. l.* 15. *ff. de interdict. & relegat.* Servus, etsi negotia mandare potuerit, non tamen lites, *l. servum quoque* 33. *ff. de procurat. l. ab hostibus* 15. *ff. ex quib. causis major*, nec suis se nummis ab extero redimi sine domini voluntate, *l. cum servus* 54. *ff. h. t. l. unic. C. si servus extero se emi mandaverit.*

6. Mandantur negotia honesta & licita: rei enim turpis nullum est mandatum, nec inde inter mandantem & mandatarium actio datur; adeoque nec mandans ad implementum mandati turpis suscepti, vel id quod interest, recte contendit; nec mandatarius post illud impletum jure agit ad indemnitatem, sive in exsequendo mandato impensas fecerit, sive in poenam delicti mandati nomine inciderit,

§. *illud quoque* 7. *instit. h. t. l. si remunerandi* 6. §. *rei turpis* 3. *l. si mandavero* 22. §. *qui adem* 6. *ff. h. t.* etiamsi nominatim mandans mandatario mandati turpis executori indemnitatem promisisset in casum, quo criminis aut delicti reus perageretur, arg. *l. si a reo* 70. *§. ult. ff. de fidejussor.* Adde *tit. quod cujusque univers. nomine numer.* 8. *in fine*. Quin & si adolescens luxuriosus mandet tibi scienti, *ut pro meretrice fidejubeas*, vel *ut meretrici pecuniam credas*, vel si quis mandet filiofamilias mutuum dari contra senatusconsulti prohibitionem, mandati judicium placuit denegari, *l. si vere* 12. §. *si adolescens* 11. & §. *si quis mandaverit* 13. *ff. h. t.* Mandato tamen delicto, & executioni dato, veluti furto, vulnere, homicidio, uterque æqualiter tum ad pœnam pecuniariam læso præstandam, tum ad pœnam publicam delicto propositam damnandus est tanquam delinquens; cum æque mandans ac mandatarius occidisse, furtum aut injuriam fecisse, intelligatur, *l. nihil interest* 15. *ff. ad leg. Corn. de sicariis, l. non solutum* 11. §. *si mandatu* 3. *ff. de injuriis, l. si quis id* 7. §. *ult. ff. de jurisdictione, l. non ideo* 5. *C. de accusation.* Confer Menochium *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 351. 352. 353. Plane, si quid mandatum sit ignoranti, quod sua natura neque turpe est neque delictum continet, lædit tamen jus tertii, solus mandans, non item mandatarius, ob id læso devinctus foret, aut publica pœna afficiendus; veluti si quis mercenarios in fundum inducat alienum, fruges collecturos, arbores cæsuros, aut aliud simile præstituros, dum putant, fundi dominum esse operæ suæ conductorem; eo quod affectus maleficia distinguit, arg. §. *placuit* 7. & §. *interdum* 11. *inst. de oblig. quæ ex delicto*, nisi a vero fundi domino interpellati serio, ut desisterent, in opere cœpto nihilominus perseveraverint; cum ita dolo non careant, errore discusso, arg. *l. qui contra* 4. *in fine C. de incest. & inutil. nupt.* arg. *l. de pupillo* 5. §. *nunciari* 3. & *tot. t. ff de operis novi nunciat.* Jul. Clarus *sent. libr.* 5. §. *fin. quæst.* 60. *num.* 15. & 16. Henr. Kinschot *respons.* 33. (*vel* 39.) *numer.* 5. Menochius *de arbitr. judic. libr.* 2. *casu* 334. *num.* 35. & *seqq.*

7. Actuum legitimorum nullum de jure Romano mandatum est, veluti, ut hereditas mandati delata, per alium mandantis nomine adeatur, vel ut meus servus per alium meo nomine manumittatur, *l. nemo alieno* 123. *ff. de jur. l. per curatorem* 90. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* quod tamen non impedit, quo minus extraneus heredi mandet, ut is sibi delatam adeat hereditatem, ad id, ut mandans mandati teneatur, si ea forte damnosa sit, *l. si hereditatem* 32. *ff. h. t.*

8. Ex mandato duplex descendit mandati actio, directa altera, altera contraria. Directa mandanti & heredibus ejus datur, cujus interest, & quatenus interest, mandatum impleri, *l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *ff. mandati*, contra mandatarium & heredes: licet enim mandantis & mandatarii morte mandatum finiatur, non ideo mandati actio perempta est, *l. præcedente* 58. *pr. l. si mandatu* 59. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Si mandatarius negotium sibi mandatum rursus alteri mandaverit, nulla primo mandanti in mandatarium secundum actio competit, sed primus mandans primum mandatarium, & is rursus secundum, convenire debet, arg. *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *l. si ir, apud quem* 16. *ff. depositi.* Mugnos *de ratiociniis cap.* 4. *num.* 16. Si plures mandatarii susceperint mandatum, adversus singulos ita in solidum actio est, ut uno solvente reliqui liberentur, *l. creditor* 60. §. *duobus* 2. *ff. h. t.* Excusso tamen prius eo, qui solus administraverit, exemplo tutoris administratoris, arg. *l. ult. C. de divid. tutela*, dato forsitan de divisionis beneficio, si omnes solvendo sint, ac ex culpa communi adversus unum in solidum agatur, ad similitudinem plurium tutorum, arg. *l.* 1. §. & *si quidem* 11. & *seqq. ff. de tut. & ration. distrah.* moribus sane hodiernis ita receptum esse, observat Groenewegen ad *d. l.* 60. §. 2. *ff. h. t.* Si filiofamilias mandatum sit, ut exigeret, isque sui juris factus exegerit, ipse mandati judicio, pater de peculio intra annum utilem conveniri potest, *l. penult. ff. h. t.* sed & si servus mandatum susceperit, ac liber factus perperam gesserit, ejus nomine mandati tenetur, *l. eum actum* 7. *ff. de negot. gestis*, licet alias vulgo obtinuerit, ex contractibus in servitute initis manumissos non teneri, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. & act.*

9. Petitur hac actione, ut mandatarius exsequatur mandatum juxta præscriptum modum, aut alioquin solvat id quod interest, *d. l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *l. si quis alicui* 27. §. *qui mandatum* 2. *ff. h. t.* sive nullo modo impleverit mandatum per se aut per alium æque idoneum, ut potest. *d. l.* 8. §. 6. *l. si vero non* 12. §. *si filiofamilias* 5. *ff. h. t.* sive mandati fines egressus sit, ita ut ob id mandantis intersit, ut post dicetur. Restituat insuper, quod penes eum ex gestione residet, tradat mandanti res secundum mandatum emtas una cum fructibus, actiones quæsitas mandati cedat, *l. si procuratorem* 8. §. *ult. l.* 9. *l.* 10. §. *si ex fundo* 2. & §. *si cui mandavero* 6. *l. qui mandatum* 43. *l. si mandatu* 45. *ff. h. t.* quas tamen nostris moribus cedi haud opus, quoties mandatarium non suo, sed mandantis nomine contraxisse, expressum est; quia procuratores hodie in negotiis contrahendis considerantur magis ut nuncii, & quisque nunc alteri æque ac sibi actionem quærit Jacob. Coren *observ.* 25. Groenewegen ad *l.* 49. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* parens p. mem. Paulus Voet ad §. 5. *Instit. per quas pers. nob. acquir. n.* 4. & *ad tit. Instit. per quas person. nobis oblig. acquir. n.* 5. Sane, si suo nomine procurator contraxerit, cessionem actionis fieri necesse est; quin imo, laudimia duplicata solvenda foret, quoties suo nomine emit, ac dein in mandantem transfert res isti laudimiorum similiumque oneri subjacentes. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 6. Jac. Coren *d. observ.* 25. Tendit præterea hæc actio ad id, ut mandatarius usuras præstet, quoties vel moram fecit in restituendis nummis residuis, vel eos in proprios suos convertit usus; vel fœnori collocavit nomine domini, sive hoc ei mandatum sit, sive non, vel otiosam habuit domini pecuniam, quam is solebat fœnori collocare, *l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *l. si vero* 12. §. *dedi tibi* 10. junct. *l. ex mandato* 20. *ff. h. t. l. qui semisses* 13. §. 1. *ff. de usuris.* Adde *tit. pro socio n.* 17. Denique & damnum reparet dolo, vel culpa quacunque, etiam levissima, datum; eo quod aliena negotia exacto officio geri debent, nec

quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est, *l. a procuratore* 13. *l. jure mandata* 21. *C. h. t.* Et hoc est, quod Ulpianus quoque voluit in *l. si procuratorem* 8. §. *ult. in med. ff. h. t.* cum ait, mandatarium non teneri, *si dolus non intervenerit nec culpa*; sub *culpa* generaliter posita omnes culpæ species complectens: eo modo, quo id etiam factum in *l. si negotia* 11. *ff. de negot. gestis*. Quamvis enim Ulpianus scripserit, nihil amplius quam bonam fidem præstare oportere eum, qui procurat, *l. idemque* 10. *pr. ff. h. t.* ac in bona fide esse dicatur, qui dolo caret, sciendum tamen, per *bonam fidem* pro subjecta materia denotari illud omne, quod ex natura contractus præstari debet: ac proinde, cum mandati natura exactissimam in mandatario diligentiam desideret, ideoque mandatarius simpliciter suscipiendo mandatum semet obligaverit ad præstationem ejus, fidem datam non implet, nec bonam præstat fidem, si quid minus diligenter curet. Quod autem solius culpæ levis in mandato præstandæ mentio fiat in *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, parum stringit; cum non negetur, etiam levissimam in mandatum venire, ideoque quod huic legi deest, ex *d. l.* 13. & 21. *C. h. t.* supplendum est. Non obstat denique, quod depositum solum & latam culpam recipiat, *d. l.* 23. *ff. de reg. juris*. Id enim ita placuit, quia in deposito nihil gerendum, sed tantum aliquid custodiendum est, ad quam custodiam industria & diligentia opus non est, adeoque sufficit dolum & proximam dolo culpam abesse fidemque præstari: cum ex adverso quid in mandato gerendum suscipiatur, ad quod industria omnimodo desideratur, ac propterea fallit quoque hic illud, mandantem de se queri, suæque facilitati imputare debere, quod negligentiori amico negotium commiserit; quippe quod in deposito quidem circa rem custodiendam locum habet, §. *pen. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* at non, ubi quis peritiam gerendi expresse vel tacite professus est; cum suscipere non debuisset, quo non callebat, & in quo intelligebat vel intelligere debebat, suam imperitiam aut imprudentiam alteri damnosam fore, arg. *l. idem juris* 8. §. 1. *in fine ff. ad leg. Aquil.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 52. Wissenbach. *ad Pand. h. t. num.* 14. Dissent. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 15. 16. Casum fortuitum, uti vulgo nullus in rerum alienarum gestione, ita nec mandatarius præstare cogitur, nisi pacto adjecto id actum sit, *l. Ex Aristoni* 39. *ff. h. t.*

10. Contraria mandati actio mandatario competit; etiam patri, si is pro suo filiofamilias mandatario mandatum contemplatione filii perfecerit, ut impleret fidem ejus, *l. si vero* 12. §. *si filiofamilia.* 5. *ff. h. t.* (secus, si id egerit pro filiof. sed mandantis intuitu, vel filii quidem intuitu, sed post emancipationem; quibus in casibus magis est, ut negotiorum gestorum actio detur, *d. l.* 12. §. 6. *ff. h. t. mandati* 48. *ff. de negot. gestis.*) Contra mandantem, licet mandantis non interfuerit, dum vel aliena tantum, vel mandatarii & aliena, vel solius mandatarii gratias secundum antedicta mandatum intercessit. Si plures simul mandaverint, contra singulos in solidum, *l. si mandatu* 59. §. *Paulus respondit* 3. *ff. h. t. l. amitti.* 52. §. *ult. ff. de fidejussoribus & mandat. l. reos principales* 23. *generaliter* 23. *C. de fidejuss.* ut tamen divisionis beneficium ipsis exemplo fidejussorum competat, si omnes solvendo sint, *l. ult. C. de const. pecun.* arg. *l. fidejuss.* 10. *pr.* junct. §. 1. *C. de fidejussor.* Costalius ad *d. l.* 59. *ff. h. t.* Pyrrhus Maurus *de fidejussor. par.* 2. *sect.* 6. *cap.* 5. *n.* 25. Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 24. *thes.* 13. Ad id, ut durante mandato necessaria mandans subministret, *si vero non* 12. §. *ult. ff. h. t.* eoque finito probet seu laudet, quæ gesta sunt; ac restituat impensas necessarias & utiles, una cum usuris, etiamsi necdum mora in restituendo facta sit, dum forsan ipse fœnori nummos acceperit, aut eam, quam fœnori dederat pecuniam, repetiit, quo haberet, unde mandatum exsequeretur, *d. l. si vero non* 12. §. *si mihi* 9. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* nisi mandatarius salariarius sit, cum quo id actum est, ut de salario sibi constituto impendia in iter, exsequendi mandati gratia suscipiendum, ferat, *l. idemque* 10. §. *idem Labeo* 9. *ff. h. t.* Nec refert, utrum duret etiamnum impensarum utilitas, an casu aliquo fortuito utiles esse desierint, arg. *l. sed an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gestis*, *l. quod si servus* 3. §. *unde recte* 7. *ff. de in rem verso.* Nec, utrum mandans ipse parcius erogaturus fuisset, an non; cum sufficiat, eum sumtus bona fide secundum suam fecisse conditionem, *l. quid alicui* 27. §. *impendia* 4. *ff. h. t.* Nec etiam, an negotio mandato finis sit impositus per mandatarium, an vero sine culpa sua id reliquerit imperfectum, *l. ita ut omnes* 56. §. *ult. l. qui mutuam* 56. §. *ult. ff. h. t.* nisi aliud ab initio actum sit: nam si fundum, qui per partes venit, emendum tibi mandassem, id ita, *ut non aliter mandati tenear, quam si totum fundum emeres*, & totum emere non potueris, in partibus emendis tibi, non mihi, negotium gessisse intelligeris, tucque interim periculo partes emisse, *l. ita ut omnes* 56. §. *quod si fundum* 2. *ff. h. t.* Nec denique interest, utrum negotii ex mandato ad finem perducti optatus extiterit eventus, an contra votis ac spe mandans exciderit. Qua ratione, si contrariam procurator ad lites datus sententiam reportaverit, sumtus tamen probabili ratione in litem factos repetere potest, *l. etiamsi* 5. *C. h. t. l. qui proprio* 46. §. *pen. ff. de procurat.* eodemque inter alia niti videtur fundamento, eum, qui a reo criminis pecuniam, remissionis pro se impetrandæ gratia distribuendam, acceperat, & distribuerat, irrito successu, ad erogata reddenda haud esse compellendum. Confer Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 155. quod repetitum *part.* 4. *consil.* 80. Nisi forte hoc mandati genus rectius retuleris ad non obligatorum rei turpis mandatum, saltem secundum constitutionem Philippi Hisp. Regis. Holl. Comitis, qua cautum, illos qui convicti fuerint ad impetrandam homicidii remissionem pecunias numerasse, remissionis impetratæ casituros effectu, eumque, qui accepit, extra ordinem coercendum. *Ordonnantie op de Criminele justitie van Koning Philippus anno* 1570. *art.* 26. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1019.

11. Non aliter tamen mandatarius id, quod impendit, hac actione contraria recuperat, quam si, & quatenus, servavit mandati fines, hoc enim si excesserit, forte pluris emendo rem, vel in majorem quantitatem fidejubendo, quam mandato comprehensum erat, nec mandati nec negotiorum gestorum a-

ctione, quod amplius expendit, repellere potest, cum videatur inviti & prohibentis negotia gessisse, quo casu constat, non mandati tantum, sed & negotiorum gestorum cessare actionem, *§. is, qui exequitur* 11. *Inst. h. t. l. præterea* 5. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *l. rogatus* 53. *ff. h. t.* arg. *l. si pro te* 40. *ff. h. t. l. ult. C. de negot. gestis.* Si tamen res, quæ pluris emta est, etiam vere pluris valeat, non tenetur mandatarius eam aliter mandati præstare, quam si hic totum pretium, quod erogatum, refundere paratus sit, & mandatarius adhuc mandantis contemplatione rem pluris emerit; cum alioquin excedens mandati fines non mandatum executus esse, sed aliud quid fecisse, sibique potius, quam mandati, negotium gessisse censeatur, arg. *l. diligenter* 5. *ff. h. t.* Mandati autem fines excessisse non videbitur, qui mandatum implevit per æquivalens, quoties non interest mandati, an secundum formam mandato præfinitam, an eo, quo nunc impletum, modo finis negotio impositus sit, *l. diligenter* 5. *§. ult. l. si quis pro eo* 46. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 12. si enim interesset, adeoque non expediret mandanti, aliis præstationibus mandati executionem fieri, tantum abest, mandatario contrariam oportere actionem dari, ut potius ipse mandanti directa mandati actione teneatur ad id quod interest, servatos non esse mandati fines, *d. l. diligenter* 5. *§.* 1. 2. *d. l.* 46. *ff. h. t.* eoque pertinet facti species in *l. ult. §. ult. ff. h. t.* ubi cum mandatum esset, ut quis, pro Titio fidejuberet apud Sempronium, isque non fidejusserit, sed mandaverit, Titio credi, *teneri* dicitur mandanti scilicet actione contraria, tanquam talis, qui aliud egit, quam quod sibi mandatum est. Sim. van Leeuwen *in not. ad d. l. ult. §. ult. ff. h. t.*

12. Quod si quis ex mandato alterius, & in alterius utilitatem, impensas fecerit in rem suam, non integras recuperat, sed deducto eo, quanto melior ac pretiosior tali impensa res facta est, in reliquum tantum actionem dandam esse Celsus respondit, cum quidam Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, *ut in hortis ejus, quos Ravennæ habebat, in quos annis omnibus secedere solebat, sphæristeria, & hypocausta, & quædam ipsius valetudini apta, suis impensis faceret*, *l. si quis mihi* 16. *ff. h. t.*

13. Ceterum præter impensas mandatarius etiam jure petit, se liberari ab obligatione, si quam forte mandati intuitu subiit: aut eam saltem in mandantem transferri, *l. si mandatu* 45. *pr. & §§. seqq. ff. h. t.* arg. *§. tutores* 2. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu*; damna quoque sibi resarciri, quæ mandati occasione propriis in rebus perpessus est, si modo non casu, sed aliqua mandantis culpa id damnum evenerit, veluti si quis certum servum, puta Stichum, emi mandaverit, isque mandatario furtum fecerit; mandans enim id ipsum reparare compellitur, cum in culpa sit, quod non penitius in Stichi, pretio comparandi, conditionem inquisiverit, & justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum tale non suscepisset, *l. si servus communis* 61. *§. quod vero* 5. *ff. de furtis*, ad quod tamen damnum sarciendum non teneretur mandans, sed liberari posset servum noxæ dando, si servum in genere tantum, sine certæ personæ designatione, emi mandasset; cum casus plane fortuitus sit, quod mandatarius in servi furis emptionem inciderit: ac de tali mandato generali accipienda *l. inter causas* 26. *§. sed cum servus* 7. *ff. h. t.* in cujus fine dum *scientiæ* mentio injicitur, scientia talis videtur intelligenda, quæ demum post interpositum mandatum, servumque jam emtum, supervenit. Similiter, si quis mandati exsequendi causa profectus, a latronibus spoliatus sit, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit, mandatarii potius quam mandantis id damnum esse oportere Romanis visum fuit, tanquam casui magis quam mandato imputandum, *d. l. inter causas* 26. *§. non omnia* 6. *ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 7. *tit.* 19. *n.* 14. Sed hodie mandatario ex æquitate hic quoque succurrendum putant; cum æque ac in superiori casu, quo servi certi emendi mandatum habebat, *justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum*, si mandatum, & ex mandato iter non suscepisset, arg. *d. l.* 61. *§.* 5. *ff. de furtis.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 26. *defin.* 29. & *in rat. ad d. l.* 26. *§.* 6. *ff. h. t.* Groenewegen ad *d. l.* 26. *§.* 6. *ff. h. t.* parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 8. *Instit. h. t. n.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 385. *in med.*

14. Quicquid autem contrario judicio mandatarius repetere potest, id quin & jure compensationis sibi servare possit, si quam teneat mandantis pecuniam, dubium non est, secundum vulgata compensationis jura, arg. *l. in rebus* 18. *§. ult. ff. commodati*, *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contraria. tut. & utili act.* Joh. Papon *lib.* 6. *t.* 12. *in append. art.* 3.

15. Finitur mandatum morte mandantis, *l. mandatum* 15. *C. h. t. §. item si* 10. *Inst. h. t. l. ult. in fine ff. de solution.* Cum enim mandati implementum dependeat in universum a voluntate mandantis, qui omni tempore, sive re integra sive non integra, illud revocare potest, modo præstet mandatario id quod interest, adeo ut post revocationem mandati quandocunque factam mandatarius non ultra procedere queat in mandato exequendo, quia ut Ulpianus ait, extinctum est mandatum, finita voluntate, *l. si vero non* 12. *§. si mandavero* 16. *ff. h. t.* ratio dictat, id, quod ita a mera ejus dependet voluntate, etiam morte perimi, dum jam amplius velle non potest, qui mortuus est. Qua ratione, licet locatio ejus conditionis sit, ut & heredes locatoris locationi per defunctum factæ stare debeant, morte tamen locatoris evanescet, precario assimilata, si res elocata sit, *quoad is, qui eam locasset, vellet*, *l. locatio* 4. *ff. locati.* Quod si mandatarius secundum potestatem sibi concessam alii rursus idem negotium gerendum mandaverit, non primi mandatarii, sed primi mandantis morte extingui mandatum, & finiri officium substituti, tradit Ant. Faber *C. lib.* 2. *t.* 8. *defin.* 24. Berlichius *dec.* 274. *n.* 11. Joh. Papon *lib.* 6. *t.* 4. *art.* 15. Gratianus *dis. for. c.* 737. *n. ult.* Fallit tamen superior regula, si id mandatum sit, quod demum post mortem mandantis impleri potest, veluti monumentum sibi fieri, *l. si vero* 12. *§. ult. ff. h. t. heredi dari, heredi fundum emi*, in quantum nulla viventia hereditas, heres nullus est, *l. idem est* 13. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend.* Confer Bachovium *ad Treutlerum vol.* 1. *disput.* 27. *th.* 6. *lit. c.* Uti &, si mandatarius ignorans mortem

mandantis, bona fide negotium ad finem perduxerit, quod tunc etiam ratum manet, nec subjacet rescissioni, *d.* §. 10. *Inst. h. t. inter causas* 26. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* (adde casum singularem in *l. si pater filio* 4. *ff. de manum. vindicta.*) Si actio mandata sit, *l.* 1. *C. de oblig. & act.* Cujacius *lib.* 2. *observ.* 51. Si quis officii sui nomine mandaverit, veluti præses, *l. venditor* 49. §. 1. *ff. de judic.* Si mandatum institori datum, quo is tabernæ vel negotiationi erat præpositus, quippe quod durat, donec per heredes præponentis revocatum fuerit, *l. si quis mancipiis* 17. §. 2. *ff. de Inst. act.* Adde *d. t. de Inst. act. n.* 3. Si ad mandatum stipulatio subsecuta sit, dum mandatu meo Titius a Mævio stipulatus est, sibi post mortem meam decem solvi, qui sensus est *l. ult. in pr. ff. de solution.* tali enim in casu quia me vivo Mævius stipulatus est, mandatum meum hoc ipso suum implementum habet; de cetero inter Titium, ex mandato meo stipulantem, sibi dari post mortem meam, & Mævium promittentem nulla ex mandato, sed tantum ex stipulatu obligatio est, quam morte tertii seu mandantis non magis quam stipulantis aut promittentis, evanescere, certum est. Denique, si tale quid mandatum sit, ad quod mandans jam ante alia ex causa obligatus erat, veluti si venditor, qui vacuam fundi possessionem emtori tradi mandaverat, ante traditionem secutam decesserit; in quantum recte post ejus obitum tradit mandatarius, sive ignoret mandantem esse mortuum, sive, cum id sciret, heredibus non prohibentibus emtorem in vacuam induxerit fundi venditi possessionem, *l. fundi venditor* 53. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*

16. Morte quoque mandatarii mandatum extinguitur, quia personæ industria electa creditur, quæ in heredes cum bonis haud transmittitur, *l. si quis alicui* 27. §. *morte* 3. *ff. h. t. d.* §. 10. *Inst. h. t.* nisi quis, cessis sibi actionibus, in rem suam procurator constitutus sit, *l. illam subtilem* 33. *C. de donation.* adeo ut extra hunc casum exceptum heredes mandatarii nec negotia adhuc integra perficere queant, nec, si perfecerint scientes mandata atque ita aliena esse, ullam habeant mandati actionem, *d. l.* 27. §. 3. *ff. h. t.* Plane si negotia adhuc integra, probabili facti errore ducti gesserint, dum forte ea non mandata, sed defuncti propria & hereditaria esse putant, non modo utili actione mandati contraria ipsis succurrendum videtur, ne justa & probabilis ignorantia alioquin damnum adferat, arg. *d.* §. 10. *post med. Inst. h. t.* sed & summo jure valet, quod per heredes ita errantes actum est: quamvis verum sit, illud ob justam mandantis absentiam rescindi posse, si is implemento mandati per heredes mandatarii facto se læsum doceat, intentata actione Publiciana, non ea qua usucaptum fingit prætor quod vere needum usucaptum est; sed potius altera, quæ frequentius rescissoria interpretibus dicitur, quaque ob justam absentiæ causam fingitur usucaptum non esse, quod vere usucaptum erat, *l. mandatum* 57. *ff. h. t.* junct. *l. in bonorariis* 35. *in fine prin. ff. de oblig. & act.* modo observemus, in *d. l.* 57. *ff. h. t.* pro *non utiliter* oportere legi *non inutiliter*, ut Gothofredus ibidem in notis post alios monet. Si quæras, cur ratum maneat, nec rescindatur, quod post mortem mandantis a mandatario ignorante actum est, ut supra monitum; rescindi ex adverso possit, quod post mandatarii obitum heredes ejus bona fide executi sunt? sciendum est, priore casu nullam occurrere æquitatis rationem, quæ rescissionem suadet, quia ex præscripto mandantis licet defuncti, mandatarius implevit idem ille, cujus industriam mandans elegerat: at hoc in casu executi erant illi, quorum industria probata non fuerat, neque oportebat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno, *d. l.* 57. *in fine ff. h. t.* Priori casu si læsi sint mandantis heredes, est quod mandanti imputent, qui mandatario tali rem gerendam commiserat; posteriore nulla mandanti culpa imputari potuit, alio, cujus industriam non elegerat, negotiis se immiscente.

17. Revocatione quoque mandantis, nec non mandatarii renunciatione, mandatum solvitur, licet pactum de non revocando fuisset appositum, arg. *l.* 1. §. 45. 46. *ff. depositi*, utrobique quidem impune, si res adhuc integra sit, cum mandati actio tum directa tum contraria demum competat, ex quo, & in quantum, agentis cœpit interesse, §. *recte quoque* 9. & §. *mandatum* 11. *Inst. h. t.* junct. *l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *ff. h. t. l. si vero non* 12. §. *si mandavero* 16. *l. si quis alicui* 27. §. 1. 2. *ff. h. t.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 67. Re non integra, præstandum id quod interest, renunciationem, aut revocationem intempestive contigisse, *d.* §. 9. & 11. nisi justis ex causis mandatarius renunciet, quales sunt inimicitiæ capitales, adversa valetudo, absentia reipublicæ causa, aliæque similes, *l. si mandavero* 22. §. *ult. vl.* 23. 24. 25. *l.* 27. §. 2. *ff. h. t.* aut nisi justa revocandi causa subsit, quo casu & procurator domini mandantis revocandi jus habet, *l. si hominem* 50. *ff. h. t.* atque etiam quandoque revocatio facta præsumitur, dum is, cui quis solvi mandaverat, conditionem seu statum mutavit, ex libero servus, ex cive deportatus, vel ex servo liber factus, *l. cum quis sibi* 38. *ff. de solution.* §. *item si adhuc* 10. *in fine Inst. h. t.* Henr. Kinschot *resp.* 56. *n.* 3. 4. 5. aut si quis diversis temporibus duos ad idem negotium constituat procuratores; in quantum posteriorem dando priori gestionem videtur ademisse, *l. si procuratorem* 31. §. *ult. ff. de procurat. cap. non injuste pen. extra, de procurat.* Adde *t. de procurat. n.* 24. *in fine.* Quin &, si quis foro cesserit, hoc ipso revocatum censeri mandatum, tum quod dedit foro cedens, tum quod ei suscipiendi datum est, dicendum videtur, arg. *l. vel exilio* 21. *ff. de procurator.* Mantica *de tacit. & ambig. conven. l.* 9. *t.* 22. *n.* 45. & *seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 16. Non tamen mandatum generale per subsecutum speciale, ut dictum latius *t. procurat. n.* 24. Nec regulariter mandatum in dubio præsumitur revocatum. Vide Mascardum *de probat. conclus.* 1017. & quæ scripsi *t. de procurat. n.* 24. Ceterum nullo modo revocari mandatum potest, si quis in rem suam procurator constitutus sit cessa sibi actione, arg. *l. procuratore* 55. *ff. de procurator.* vel, si ex mandato Titii Mævius a Sempronio stipulatus sit, cum eo casu & Mævius invito Titio actione ex stipulatu Sempronium convenire queat, & vicissim Sempronius invito Titio facere Mævio solutionem ejus, quod ex stipulatu debet, *l. ult. ff. de solution.* idemque est, si ex mandato delegatio subsecuta & ad finem perducta sit; cum ita mandans seu delegans in totum li-

beretur, & nova inter alios obligatio intercedat, §. *pen. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Neostadius *Curia Holl. dec.* 53.

TITULUS II.

Pro Socio.

SUMMARIA.

1. *Quid sit societas? quo modo, & a quibus, iniri possit?*
2. *Quo modo societas tacite ineatur? cum societate non confundenda communio. Quæ veniant in tacitam societatem? Tacita universorum bonorum societas coiri nequit.*
3. *Quid sit publica, quid privata societas? & in quibus differant?*
4. *Quæ veniant in universalem societatem? ubi de dote filiæ, sumtibus in studia filii; & an non soluta societate socius unus tantum præcipiat, quantum propter alterius filium filiamve erogatum? Si aliquando ad patrem dotantem redeat dos data, an alteri socio pro rata communicari debeat? Quid juris, si unus sociorum ab uxore dotem acceperit, vel dotem ex pacto lucratus sit? An in universalem veniant turpia lucra? & an moribus probata sit universalis societas?*
5. *Quænam veniant in societatem simpliciter initam? quæ in societatem certæ rei vel negotiationis sive lucra sive damna? Quæ in societatem navigandi communi periculo, & de societate Indiæ Orientalis & Occidentalis, remissive.*
6. *Quæ res in societate ipso jure communes fiant, quæ communicandæ sint? An communicata, si eas socius retulerit in rationes societatis?*
7. *Rei turpis & maleficiorum nulla societas est. Quid juris, si occasione honestæ societatis alter sociorum lucra turpia captaverit, & alteri socio scienti vel ignoranti communicaverit, ac postea ad restitutionem aut pœnam damnetur?*
8. *Quales lucri & damni partes ferant socii ex natura societatis? Omnia pacta circa lucrum & damnum sustineri debere, quibus leonina societas evitata est, nominatim; ut unus ferat partem lucri, de damno non teneatur. Apparente tamen enormi læsione per pactionem aut arbitrium tertii, locus est remedio l. 2.* C. de rescind. vend.
9. *Actio pro socio plerumque datur finita societate; quandoque & ea durante.*
10. *Per actionem pro socio tantum petuntur præstationes personales, neutiquam rerum ipsarum communium divisio.*
11. *Ad præstationes personales pertinet rationum redditio. Hæc ab initio non potest pacto remitti. Quando, & quibus temporibus peti possit, maxime, si unus socius omnia tractet?*
12. *Huc etiam pertinet lucri & damni communicatio; cautio de lucro & damno futuro communicando. An socius teneatur, si acquirendi conditione usus non sit? An lucrum cum damno pensandum, si in quibusdam diligentia maxima profuerit, in aliis negligentia summa nocuerit? Præstat culpam levissimam, si in suis diligentissimus sit; vel præter operam insuper artificium promiserit ad explicationem* l. 52. §. 2. ff. h. t.
13. *Petitur & restitutio impensarum una cum usuris; ubi & de privilegio retinendi rem communem pro impensis in eam a socio factis; qua occasione definitur per distinctiones, an singuli socii in solidum, an tantum pro parte conveniri possint ex contractibus nomine societatis celebrati: & quid moribus obtineat?*
14. *An socii ære alieno nomine societatis contracto obligentur; si pecunia societati credita in arcam communem versa non sit, itidem distinctione explicatur.*
15. *An socius derelinquendo suam partem societatis liberari possit ab onere æris alieni, ad quod nomine societatis devinctus est, etiam per distinctionem declaratur.*
16. *Petitur etiam ut socius reliquis restituat, quod supra suam partem nomine societatis accepit. Et an socius unus a debitoribus societatis solidum petere possit, vel hi tuto uni socio solidum solvere?*
17. *An socius moram faciens in restituenda pecunia societatis aut lucris societati communicandis, vel nummos tales in suos usus convertens, ad usuras condemnandus sit, distinctione definitur, ad explicationem* l. 60. ff. h. t.
18. *Agitur quoque ad id ut liceat uti re secundum primam sociorum intentionem, & ne quid novi fiat contra eam: item ut præstentur quæ singularibus pactis placuerunt: explicatio* l. 69. ff. h. t.
19. *An socius, qui præcipue vel solus negotia societatis gessit, salarium pacisci, aut viri boni arbitrio consequi possit?*
20. *Socii inter se gaudent beneficio competentiæ tam particulares quam universales. Quando illud cesset? & quid moribus?*
21. *Singulare est, quod unus ex pluribus sociis suam partem integram adeptus a socio debitore societatis communicare id reliquis teneatur, si illi solidum consequi ab eo nequeant; & si unus sociorum impendia per alterum facta restituere nequeat, id reliquos pro rata gravat.*
22. *Si socius unus, qui nomine societatis plusquam suam partem consecutus est, foro cesserit, reliqui socii in rebus & creditis societatis potiores sunt aliis sociis foro cedentis creditoribus.*
23. *De fine societatis per mortem socii; quo usque hac in parte societas vectigalium differat a privata? An testator heredem damnare testamento possit, ut in societate perseveret? Heres socii, si non sit adscitus, an, & quo usque emolumenti successor sit, & quid distet hic publica vectigalium a privata? Qualem culpam præstet heres socii in perficiendis a defuncto inchoatis? Quid juris, si socius quædam gesserit ignorans mortem socii?*
24. *Nemo potest invitis sociis ceteris alium suo loco substituere: renunciare tamen potest societati expresse vel tacite. Quid juris, si callide, vel intempestive renunciaverit? & an renunciari possit societati vectigalium?*
25. *Quo modo renunciatio fieri possit? an & procurator? An procuratori socii? an, & quomodo absenti socio? An sufficiat renunciationem privatim fieri, an vero publice facienda sit, distinctione explicatur.*
26. *Finitur societas finito negotio, publicatione bono-*

rum, ac cessione. Quid juris, si servus socius alienetur, vel socius ex patrefamilias fiat filiusfamilias, aut vice versa?

27. *Finita societate, pro qua parte res redeant ad socios, maxime, si unus operam, alter pecuniam contulerit?*

28. *An cum actione pro socio concurrere possit actio furti contra socium, & an una intentata alteram perimat?*

1. SOcietas est contractus juris gentium, bonæ fidei, consensu constans, super re honesta de lucri & damni communione. Quam inire possunt omnes liberam habentes rerum suarum administrationem, idque vel simpliciter, vel ad certum tempus, *l.* 1. *l. si convenerit* 14. *l. actione* 65. §. *item qui* 6. *ff. b. t.* vel in perpetuum, id est, dum vivunt, *d. l. ff. b. t.* (non tamen in æternum *l. nulla societatis* 70. *ff. b. t.*) ac non pure tantum, sed & ex die vel sub conditione; licet de eo olim disputatum fuerit: quia olim solemnis mancipatio ad communionem rerum inter socios faciendam erat necessaria, quæ actibus legitimis adnumerata vitiabatur per temporis vel conditionis adjectionem, *l.* 1. *ff. b. t. l. pen. C. b. t.* junct. *l. actus legitimi* 77. *ff. de reg. jur.*

2. Dividitur primo in expressam, quæ expressa conventione fit, & tacitam, quæ re contrahi dicitur, dum rebus ipsis & factis, simul emendo, vendendo, lucra & damna dividendo, socii ineundæ societatis voluntatem declarant, *l. societatem coire* 4. *ff. b. t. l. cum proponas* 2. *C. b. t.* Ut tamen non omnia rerum inter plures communio societatem pariat: nam, ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet, adeoque conventionem ac voluntatem sociorum, unde & societas voluntarium consortium appellatur, *l. cum duobus* 52. §. *idem Papinianus* 8. *ff. b. t.* Nec sufficit rem esse communem, dum communiter res agi potest etiam citra societatem, ut puta, cum non affectione societatis incidimus in communionem; quod evenit in re duobus legata, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obveniat, aut a duobus separatim emerimus partes eorum, non socii futuri, aut, cum nollemus inter nos contendere, inflando pretia mercedesve rerum auctione publica vendendarum vel locandarum, per nuncium rem in commune emimus conducimusve, *l. ut sit pro socio* 31. & *seqq. ff. b. t.* §. *item si inter instit. de oblig. quæ quasi ex contractu.* Illud interim inter expressam & tacitam societatem interest, quod in expressam & ea veniunt omnia de quibus actum est, quandocunque illa, quæ actibus istis, quibus tacitus declaratur in societatem consensus, necessario includuntur, ac inde dependent; quod absurdum esset, ex facto colligere consensum in ea, quæ necessariam cum eo facto non habent connexionem, arg. *l. ult. C. ne uxor pro marito.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 85. *num.* 15. & *seqq.* Cui conveniens est, consensu tacito ac re iniri non posse universalem totorum bonorum præsentium ac futurorum societatem, unde & in *l. ea vero* 3. §. 1. *ff. b. t.* Jurisconsultus ait, cum *specialiter* omnium bonorum societas coita est, tunc, & hereditates & legata & quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum est, communioni acquiri, dissent. Fachineus *controv. lib.* 12. *c.* 14.

3. Alia insuper societas publica est, alia privata. Publica dicitur vectigalium societas, dum plures simul vectigalia & alia similia commoda fisco obvenientia a fisco conducta habent. Privata, quæ de rebus privatorum inter privatos initur, *l. societates* 5. *pr. l. adeo morte* 59. *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. b. t.* adde Car. Sigonium *de antiquo jure civ. Roman. lib.* 2. *cap.* 4. *post med.* Quæ duæ species, in quibus inter se distent, prolixe tractat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8.

4. Est & vel universalis totorum bonorum, vel particularis. Universalem appellant, in quam omnia veniunt mobilia, immobilia, corporalia, incorporalia, præsentia & futura, hereditates, legata, donationes, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. 3. *l. si societatem* 73. *pr. ff. b. t.* omne lucrum, & onus omne, omneque damnum, quod sine dolo, lata ac levi culpa sociorum uni incumbit aut supervenit, adeoque etiam alimenta, sumtus in studia, vel in honorem, dotes, & alia similia liberis unius socii suppeditata, licet alter nullos liberos habeat, in quorum usum talia venirent vicissim eroganda; uti id aperte cautum *l. si societatem* 73. *ff. b. t.* in qua non tam pactio peculiaris societati totorum bonorum adjecta proponitur, quam potius formula plenior, qua universalis societas contrahi solita; sive enim id agatur, ut *universarum fortunarum societas sit*, sive convenerit, *ut quicquid erogaretur vel quæreretur communis lucri atque impendii esset*, nil præter diversum verborum sonum interest. Firmatque hanc sententiam, quod socius universorum bonorum, qui quid ob injuriarum actionem damnatus præstiterit, ex communi consequi debeat, si injuria judicis, non ob maleficium suum, damnatus sit, *l. cum duobus* 52. §. *ult. ff. b. t.* quodque a Scævola responsum, filium reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non posse, *si non in omnibus socii essent*, *l. ex parte* 39. §. *filius* 3. *ff. famil. ercisc.* unde a contrario, si bonorum omnium socii fuissent, communioni hoc æris alieni onus imputandum foret. Prolixe Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 6. *cap.* 20. Jacob. Coren *consil.* 18. *num.* 8. & *seq. ad num.* 18. & *num.* 26. 27. Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 127. *num.* 3. Wissenbac *ad Pand. b. t. num.* 24. Neque iis, quæ de dote filiæ ex communi præstanda diximus, repugnat, quod videatur pacto speciali opus est, ut filiæ vel prima vice vel iterato nubenti dos de communi constituatur, *l. si socius pro filia* 81. *ff. b. t.* cum in ista lege non de universali totorum bonorum societate tractetur, nec ulla ejus mentio fiat, sed magis de particulari, cui inter alia pactum appositum, *ut de communi dos constitueretur.* Minus adversatur, quod dotis datio, ac subministratio sumtuum in studia, ad liberalitatem ac donationem pertineat; de suo autem, non de alieno unumquemque largiri æquum sit, l. *debet autem* 27. *ff. de ædilit. edict.* Considerandum enim, dotem a patre filiæ dandam minus recte, ac improprie admodum ad liberalitatem referri; cum & legis & judicis necessitate compulsi parentes cogantur dotem pro sua dare progenie, *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt. l. ult. C. de dotis promissione*; (adde *t. de jure dot.*) at nemo in necessitatibus liberalis existit, *l. rem legatam* 18. *ff. de adimend. legatis.* Eo quod attinet ad sumtus in studia, nec hi ad simplicem donationem jure

reducuntur, sed propius ad alimenta liberis præstanda accedunt, ac naturalem in se continent præstationis æquitatem pietatemque, atque ita vinculum quoddam obligationis naturalis habent, licet nulla liberis ad eorum exactionem contra parentes actio sit. Adeo autem verum est, universali societati hæc aliaque impendia similia imputari, ut nec societate finita deduci queat ante divisionem ab altero, liberos non habente, quod alter ex causis istis in liberos proprios erogavit. Cum enim hereditates, legata, donationes ita jure societatis communes fiant, ut societate diremta eas jure præcipui non deducat is, ex cujus latere obvenerunt, sed æqualiter cum rebus ceteris inter socios pro rata dividendæ sint; absurdum esset, damni ex uno latere citra culpam levem evenientis aut oneris a natura vel lege impositi intuitu ullam ab altero fieri præceptionem; tum quia damni lucrique par ratio est in societate, quoties non aliud nominatim actum est, §. 1. & 3. *inst. h. t. de societ.* tum quia secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem & incommoda sequuntur, ac vice versa, *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris.* tum denique, quia ab initio socii in societate universali incertæ sese spei committunt. Fachineus *controv. libr.* 8. *cap.* 4. dissent. post alios Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 45. 46. Si tamen dos vel durante societate universali, vel ea finita, iterum alio casu ad patrem socium dotantem revertatur, societati eam rursus cedere æquum foret. Cum enim jus illud, ex quo dos etiam post dissolutam societatem ad patrem redit, ex ipsa dotis numeratione, qua stante societate contigit, originem ac causam trahat, atque adeo durante societate jam natum ac societati quæsitum fuerit, si non re ipsa, at saltem spe; necesse est, reversam quandocunque ex illo jure dotem inter quondam socios, velut rem societatis, communicari dividique pro rata, *l. si socius pro filia* 81. *ff. h. t.* arg. *l. cum emancipati* 2. §. *id quoque* 3. & 4. *ff. de collation.* eodem modo, quo & inter socios universales dividenda illius dos, quam unius eorum ab uxore sua acceptam vi pacti dotalis aut aliter, soluto matrimonio lucratus est, *l. quod si eo* 66. *ff. h. t.* Jac. Coren. *consil.* 18. *num.* 16. licet divisio non sit facienda, sed socius maritus eam de communi præcipere debeat, si stante adhuc matrimonio societas distrahatur; non alia de causa, quam quia post dissolutam societatem solutum maritum socium sequitur onus personale matrimonii; natura autem æquum est dotem illic esse ubi onera matrimonii sunt, quippe ad quæ sustentanda dos data fuerat, *l. actione* 65. §. *ult. l.* 66. *ff. h. t.* junct. *l. si is, qui Stichum* 56. §. 1. 2. *ff. de jure dot. l. si maritus* 46. *ff. famil. ercisc.* Plane, neque turpia lucra, neque damna, quæ socius unus dedit aut passus est suo dolo lata vel levi culpa, dum injuriarum vel furti vel adulterii convictus & damnatus fuit, vel alea aut luxu perdidit, in universalem veniunt societatem, *l. cum duobus* 52. §. *ult. l. adeo morte* 59. §. 1. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 20. 21. Ceterum universalem omnium bonorum, tam futurorum quam præsentium, societatem jam olim in Hollandia fuisse reprobatam, si eam excipias, quæ vi statuti inter conjuges obtinet, a Grotio notatum est, *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 5. 6.

5. Particularis societas vel simpliciter initur, ut nulla certarum rerum aut negotiationis certæ mentio fiat, aut ex adverso de re certa, vel certa rerum quarundam universitate, certave specie negotiationis. In eam quidem, quæ simpliciter initur, omnia illa veniunt, quæ ex industria & labore sociorum acquiruntur, & *quæstus* appellatione continentur; ac vice versa illud æs alienum, quod ex quæstu pendet, non damna alia rebus ipsis sociorum casu vel per tertium illata, nec hereditates, legata, donationes, quoties aliam ob causam, quam industriam, veluti ob sanguinis vinculum & affectionem uni socio acquiruntur, *l. coiri societatem* 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. *l. duo societatem* 61. §. *ult. ff. h. t. l. aditio* 45. §. 2. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Jac. Coren *consil.* 18. *numer.* 18. & *seqq.* Adde quæ scripsi *tract. de familia ercisc. cap.* 4. *numer.* 11. & *seqq.* & quæ dicentur de communione omnium bonorum, ac communione quæstuum inter conjuges ex usu hodierno, *tit. de pact. dotal.* Quod si de re certa vel certa specie negotiationis vel certa rerum universitate, societas contracta sit, nulla in eam veniunt lucra aut damna, præter ea, quæ rerum istarum certarum aut certæ negotiationis intuitu obvenerunt; aliunde quæsita quisque sibi retinet, uti damna solus fert. Quo fundamento responsum, explorati juris esse, etiamsi maxime argentaria societas sit, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsivit, ad communionem non pertinere. Nec in communionem redigendum, quod aliunde fratres quæsiverunt, cum parentum indivisas hereditates ideo tenuissent, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, *l. cum duobus* 52. §. *cum duo* 5. & §. 6. *ff. h. t.* Sed &, si socius certæ negotiationis res quasdam ex pecunia societatis sibi soli comparasset, eas nec communes fieri nec communicandas esse, frequentius placuit, nisi res tales essent, quæ ad ipsam illam, de qua societas contracta fuerat, spectabant negotiationem, arg. *d. l.* 52. §. 3. & 6. *ff. h. t.* junct. *l. si ex ea* 6. *C. de rei vindic.* Hector Felicius *de societate cap.* 14. *num.* 74. & *seqq.* Ex adverso cum sagariam quidam negotiationem coivissent, & alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidisset, pecunias & res alias communes & proprias perdidisset, ipse & servi ejus vulnerati essent, & ob id in Medicos debuisset impendi, Juliano ac Ulpiano placuit, damnum commune fore tam pecuniæ quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur, *d. l. cum duobus* 52. §. *quidam sagariam* 4. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 27. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 324. *potius* 224. *pag. mihi* 604. Quæ porro damna veniant in societatem navigandi simul communi periculo, (*als verseheyde Schepen te samen varende Admiraal schap maken tot gemeene verweeringe*) & ad quid quisque ex istius societatis jure alteri obligetur, definitum est *placito Ordin. General.* 1. *Sept.* 1643. & *aliis pluribus anterioribus, quæ exhibentur vol.* 1. *placuit. pag.* 876. *art.* 37. & *mult. seqq.* item *placito anni* 1652. 26. *Aprilis d. vol.* 1. *pag.* 907. Adde Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 22. Quæ insuper Jura sint societatis Indiæ Orientalis, petendum ex variis placitis, quorum catalogus est *vol.* 3. *placit.*

pag. 1306. *& seqq.* *ad pag.* 1329. quæ Indiæ Occidentalis, docent placita recensita *d. vol.* 3. *pag.* 1329. *& seqq.*

6. Illud sciendum est, corporalia quidem tempore societatis initæ penes socios reperta, ipso jure citra veram traditionem fieri sociorum communia, postea vero quæsita communicanda esse; incorporalia omnia, potissimum actiones, tum tempore societatis initæ quæsitas, tum postea quærendas, mediante demum cessione communicari, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. 3. *l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *numer.* 11. Ut tamen intelligantur res in societate communicatæ, si eas emtas socius retulerit in rationes societatis, arg. *l. quod autem* 53. 54. junct. *l.* 55. *ff. h. t.* ubi id, quod una in lege dicitur in *medium collatum* & ita commune factum in altera dicitur *in societatis rationes collatum*. Jacobus Coren *obs.* 25. *n.* 49. *& seq.*

7. Versatur societas circa res honestas, non turpes: neque enim ulla maleficiorum, veluti furti, deceptionis, societas, nulla doli communio est, *l. nec prætermittendum* 57. *ff. h. t. l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tut. et ratien. distrab.* Hinc nec socius recte petit, in societatem conferri ea quæ per alterum socium scelere parta sunt; nec qui ex delicto, de quo societas coita fuerat, in pœnam damnatus est, jure desiderat damni ex maleficio communionem, *d. l.* 1. §. 14. *ff. de tut. et rat. distrab. l. nec prætermittendum* 57. *ff. h. t.* Si tamen, cum ab initio rei honestæ & licitæ societas coita esset, unus ex sociis nonnulla turpiter quæsita sponte sua in medium contulerit, hactenus alteri cedunt socio, ut conferens ea repetere nequeat, nisi cum ipse ad restitutionem damnatus est; quo casuis, qui turpe lucrum sciens ex communicatione admisit, non rem tantum restituit, sed & pœnæ partem agnoscere tenetur, quoties in pœnam alter damnatus est; quia æquum est, ut, cujus lucrum, participet & damnum; ad quam pœnæ communionem non teneretur, si ignorans inhonesti lucri suscepisset portionem, *l. quod autem* 53. 54. 55. 56. 57. *ff. h. t.*

8. Præcipue vero ad societatis substantiam pertinet communio lucri & damni, adeo ut, ubicunque ea esse nequit, ibi nec societas sit. Quo fundamento reprobata societas, qua id agitur, ut alter lucrum tantum, alter tantum damnum sentiret, quamque Jurisconsulti nostri *leoninam* dixerunt: quippe in qua neque lucri neque damni ulla communio est, *l. si non fuerint* 29. §. 2. *ff. h. t.* Extra quem casum reliqua omnia de lucri & damni partibus cuique cessuris ex libera sociorum dependent voluntate; quippe qui, licet tunc, cum nihil de partibus lucri damnique convenit, pro rata ejus, quod quisque contulit in societatem, partes lucri & damni ferant, §. *& quidem* 1. *instit. h. t. d. l. si non fuerint* 29. *pr. ff. h. t.* junct. *l. si societatem* 6. *l. quid enim* 80. *in fine ff. h. t.* recte tamen paciscuntur, ut neglecta utrinque collatorum proportione, aliæ cuique cedant lucri partes, non modo, ubi unus operam, vel præter rem operas confert, sed cum utrimque rerum collatio facta est; sic ut secundum collatorum proportionem alia, alia ex pacto lucri ac damni divisio facienda sit, ac vi pacti plus ex lucro capiat, qui minus in rebus aut operarum præstandarum æstimatione contulit; minus lucretur, qui contulit plus. Si enim non nisi pro rata, qua operæ ex uno latere collatæ valent, disparitas pacto speciali induci potuisset, nihil sane prodesset pactio; quippe extra quam ex ipsa juris dispositione pro rata rerum aut operarum in societatem collatarum, lucra & damna cuique acquiri ac quemque gravare debent: neque tunc satis apte Imperator inter se opposuisset juris communis dispositionem, & pacta specialia societati apposita, quibus id jus commune immutatur, cum ait, *si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales partes in lucro & in damno spectari: quod si expressæ fuerint partes, has servari debere*, §. 1. *Inst. h. t.* uti pro hac sententia argumentatur Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 53. Quam & moribus hodiernis invaluisse post alios allegatos ibidem in fine testatur; nec satis jura commerciorum & societatis inter mercatores intellexisse illos, qui hic aliam fovent opinionem, scripsit Hugo Grotius *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. *revera* 203. *numer.* 3. *pag. mihi* 541. Cui consequens est, ut pactum sustineri debeat, quo id agitur, ut unus duas lucri partes ferat, damni unam; ut alter conferat operam, alter pecuniam, lucrum commune sit; vel ut unus conferat operam, alter pecuniam, lucrum & damnum commune sit, atque ita periculum sortis per unum collatæ ad eum quoque spectet, qui operas confert, denique ut unus ferat lucri partem, de damno non teneatur. Quo casu postremo licet conventio videatur prima specie tantum lucri non vero damni communionem inducere, contra naturam societatis; non tamen ita est, eo quod isto in casu non aliud in lucro esse intelligitur, quam quod superest pensato omni damno, ac proinde idem ille, qui secundum verborum corticem a damni onere videri poterat immunis esse, tamen interveniente hac lucri cum damno pensatione, damni quoque communionem re ipsa subit, §. 1. 2. 3. *Inst. h. t. l. si non fuerint* 29. *pr. &* §. 1. *l.* 30. *ff. h. t.* Abr. a Wessel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. 12. 13. Et licet forte per speciales hujusmodi a jure communi recedentes de lucro & damno pactiones subinde sociorum alteruter læsionem quandam sustineat, & conditione meliore in societatem admittatur, qui pro collatorum proportione vel paris vel deterioris debuisset condicionis esse, non tamen eo superiore evertitur probata a Justiniano paciscendi licentia; cum ratio nulla sit, cur non in societate æque, ac in emtione, permutatione, similibusque aliis liceret contrahentibus in pretio, aut rebus permutandis, se invicem circumvenire, convenienter *l. in causæ* 16. §. *idem Pomponius* 4. *ff. de minor.* 25. *annis.* Dummodo id unum caveatur, ne enormis alterutri socio ex tali pactione, a jure communi remota, læsio inferatur; quippe quo casu locus foret remedio *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* ut illo titulo latius dicendum erit. Nam &, si in arbitrium tertii certi in societate contrahenda partium lucri & damni determinatio collata fuerit, quod utique per leges licet, sed arbitrium arbitri ita pravum sit, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi debet judicio bonæ fidei, *l. societatem mecum* 76. 77. 78. 79. 80. *ff. h. t.* Et secundum hæc cum Hugone Grotio *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. *revera* 203. *num.* 2. 3. *pag. mihi* 541, & Arnoldo Vinnio *d. lib.* 1. *cap.* 53. *in fine*, accipienda videntur Ulpiani verba in *d. l.* 29. §. 1. cum ait, ita

demum valere conventionem illam (ut nempe lucrum commune sit, de damno alter non teneatur) *si tanti sit opera, quanti damnum est*, non quod æqualem & mathematicam proportionis æqualitatem inter socios præcise exigat, sed quod nimiam inæqualitatem reprobet, in qua manifesta iniquitas & læsio enormis appareret. Societatem quidem donationis causa non recte contrahi, ab eodem Ulpiano admonemur, in *l. societates.* 5. *§. ult. ff. h. t.* Sed & idem docuit, venditionem non valere, quoties in totum venditio donationis causa facta est, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrah. emt.* Ceterum, uti venditio valet, si quis rem donationis causa minoris vendat, teste eodem Ulpiano in *d. l.* 38. ita, cur non in societatem socius quoque plus conferens deteriore conditione donationis causa admitti desideret, ratio diversitatis sufficiens in promptu non est.

9. Ex hoc contractu actio pro socio nascitur, utrimque directa & ob dolum aut culpam latam infamans, *§. ex quibusdam* 2. *Instit. de pœna temere litig. l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* quæ plerumque quidem finita demum societate locum habet adeo ut renunciandum sit societati, quæ nondum extincta erat, si quis hac velit actione experiri, imo unusquisque, dum hac contendit pro socio actione, eo ipso intelligatur societati renunciasse, arg. *l. tam diu* 5. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 8. *n.* 10. Quod tamen non aliter verum est, quam si judicium pro socio per unum sociorum ideo dictatum fuerit, ut societas distrahatur, *l. actione* 65. *pr. ff. h. t.* cum alioquin nihil vetet, quo minus etiam manente societate pro socio agatur, dum & in publica vectigalium & in privata societate propter varios contractus aliasque causas neutri sociorum expedit recedere a societate, *d. l. actione* 65. *§. pen. ff. h. t.*

10. Datur hæc actio socio contra socium, heredi & in heredem, quippe qui, licet socii non sint, tamen emolumenti successores sunt, *l. verum est* 63. *§. in heredem* 8. *ff. h. t.* Non tam ad ipsarum rerum communium divisionem, quam potius ad præstationes personales, *l.* 1. *ff. communi divid.* Cum enim actio pro socio tantum in personam sit, tendere non potuit ad ea, quæ non obligationis, sed juris in re, effectus sunt. Etenim, quisque rerum communium desiderat divisionem, non aliud petit, quam ut sibi soli rem suam, hactenus cum alio pro indiviso communiter habitam, in posterum pro diviso habere liceat; atque ita tantum vindicat suam partem ex re communi, ad quod apprime conducebat actio communi dividundo, mixta, primario in rem ac pro rei vindicatione comparata, ut latius expositum *tit. finium regund. num.* 4. Unde &, cum in rerum ipsarum communium divisionibus semper per adjudicationes negotium explicandum esset, sive res tota individua uni cederet, sive singulis rerum dividuarum partes ex divisione obvenirent, in actione tamen pro socio adjudicationes reprobatæ sunt, & definitum, solam *nominum*, id est, obligationum & præstationum personalium rationem habendam esse, *l. si actum sit* 43. *ff. h. t.* Ac proinde actio pro socio in eo quidem cum actione communi dividundo juris ejusdem ac potestatis est, quod utrobique personalium præstationum persecutio fiat, *l. pro socio arbiter* 38. *§.* 1. *ff. h. t.* quo etiam solo intuitu actionem communi dividundo in personam esse, probatum est, *tit. finium regund. num.* 4. ideoque una ex his intentata alteram perimit, quatenus is, qui primo egit actione communi dividundo, atque ita modo rerum divisionem, sed & præstationum personalium partem obtinuit, postea agens actione pro socio tanto minus consecuturus est, *d. l.* 38. *§.* 1. *d. l. si actum sit* 43. *ff. h. t.* sed in ceteris dispar harum actionum ratio & effectus est, quod nempe per judicium communi dividundo præter præstationes personales amplius rerum ipsarum divisio impetretur; non item per hanc pro socio actionem. Nec repugnat *l.* 2. *ff. communi divid.* utpote quæ reddens rationem, cur necessarium fuerit communi dividundo judicium, *quia scilicet pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem*, non aliud vult, quam, actionem pro socio neutiquam tendere ad rerum communium divisionem; cum alioquin ista ratione non potuisset evinci necessitas actionis communi dividundo; quippe, quam nemo recte necessariam dixerit, si & actione pro socio communium divisio potuisset obtineri; eoque sensu vocem *magis* in jure nostro sæpius usurpari, patet ex *l. si forte* 6. *§. hæc autem* 3. *ff. si servit. vind. l. si quis abstentis* 5. *§. is quoque* 3. *ff. de oblig. & act. §. is quoque* 1. *Instit. quib. mod. re contrah. obl. §. pen. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. l. si vero non* 12. *§. cum quidam* 12. *ff. mandati.* Confer Vinnium *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 36.

11. Ad præstationes autem personales, in hoc *pro socio* judicium venientes, pertinet, ut socius reddat rationes administrationis, si quid societatis intuitu ab eo gestum sit, aut geri debuerit, eumque in finem ipsum quoque librum rationum edat *l. quædam sunt* 9. *pr. ff. de edendo.* Hector Felicius *de societate cap.* 38. *nu.* 41. 42. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 127. sive solus omnia tractaverit, sive plures partitis per varias regiones aut tabernas operis seorsim singuli curæ partem subierint; quo casu adeo ad reddendas sibi invicem rationes obstricti sunt, ut nullus ab altero eas exigere queat, si non & ipse reddiderit, aut saltem obtulerit rationum redditionem, arg. *l. Julianus* 13. *§. offerri* 8. *ff. de act. emti l. cum proponas* 21. *C. de pactis.* Hector Felic. *d. tract. de societ. cap.* 37. *num.* 11. 15. 16. Wassenaar *pract. jud. c.* 10. *num.* 15. Quam etiam, licet finita societate remitti socio liberum sit, ad exemplum tutorum, arg. *l. Aurelius* 28. *§.* 5. *&* 4. *l. ult. §. Titia* 2. *ff. de liberat. legata;* tamen ab initio, tempore eo quo societas initur, remissionem talem fieri non magis socio posse, quam tutoribus cum ad tutelæ gestionem vocantur, merito visum est, tum arg. *l. ita autem* 5. *§. Julianus* 7. *ff. de admin. & peric. tut.* tum quia nulla conventione dolus in futurum remitti potest; quod tamen fieret, si a rationum redditione statim ab initio immunes essent, arg. *l. si unus* 27. *§. illud nulla* 3. *ff. de pactis.* Hect. Felic. *d. tract. cap.* 37. *num.* 17. Et quamvis, durante societate, non singulis momentis socius administrator rationum solemniter reddendarum onere ac necessitate gravandus videatur, sed magis finita societate, vel ea durante singulis annis aut talibus temporibus, quibus id ex usu mercatorum aut regionis fieri assuevit; tamen si bona fide & sine calumnia socii reliqui frequentibus inquirant, quo loco societatis res sint, sum-

matim id iis videtur explicandum. Vid. Hect. Felic. *d. tract. de societ. cap.* 37. *num.* 59. 60.

12. Præterea inter personales præstationes hac actione petendas & illud est, ut socius socio lucra communicet, damna reparet, non tantum dolo & lata, sed & levi, non item levissima culpa vel casu, societati illata, *§. ult. Instit. h. t. l. cum duobus* 52. §. 2. 3. 4. *ff. h. t.* cautionem quoque de damno vel lucro imminente communicando interponat, dum societatis occasione adhuc lucra sperantur, damna metuuntur, obligationes societatis intuitu contractæ, ex quibus societati debetur vel ipsa debet, ex incerta conditione suspensæ sunt, *l. omne æs alienum* 27. *l.* 28. *ff. h. t.* Nec interest, utrum res communis sua culpa corruperit aut perdiderit socius, an conditione acquirendi usus non sit; cum & ad lucrum captandum societas ineatur. Mudæus ad *l. nemo ex sociis* 68. §. 1. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 23. *thes.* 13. *in fine.* Non etiam refert, an sola socii negligentia culpari possit, an vero, cum in quibusdam negligentior fuisset, in plerisque aliis diligentia summa auxerit societatem; eo quod non placuit, hic diligentiæ cum negligentia compensationem fieri, sed magis ex negligentia socium omnino teneri, *l. de illo* 23. §. 1. *l. non ob eam* 25. *l.* 26. *ff. h. t.* Quæ licet hodie mutata velit Groenewegius ad *l.* 23. §. 1. *ff. h. t.* tamen, cum nulla certa æquitatis ratio pro hac militet mutatione, magis juri Romano standum puto cum Ant. Matthæo *de obligat. disput.* 23. *thes.* 15. Quin imo, si socium suis in rebus diligentissimi patrisfamilias officia implere solere in aperto sit, vix dubium esse potest, quin & in rebus societatis ad exactissimam diligentiam præstandam obstringatur, dum fraude non caret, minorem rebus alienis curam adhibens, quam suis, arg. *l. quod Nerva* 32. *ff. deposit.* Idemque est, si non simplicem operam sed artificium socius promiserit ad societatem promovendam, arg. *l. item quæritur* 13. *§. si gemma* 5. *l. si merces* 25. *§. qui columnam* 7. *ff. locati.* Quod & Ulpianum, tametsi verbis obscurioribus, velle puto in *l. cum duobus* 52. *§. utrum* 2. *ff. h. t.* cum tractans de eo, qui artem operamve pollicitus est, dum pecus in commune pascendum, aut agri politori (fundos excolere & polire solito) dati erant in commune quærendis fructibus, ait, *nimirum ibi etiam culpa præstanda est*, puta, omnis, tanquam quid singulare præter communes societatis regulas inductum; addita ratione, *quia pretium operæ artis est velamentum*, hoc est, ut ego existimo, quia artis velamentum, accedens operæ, est, seu auget pretium operæ, adeoque, quia pretium operæ ex uno latere collatæ, dum altera ex parte fundus colendus aut pecora pascenda conferebantur, hoc ipso pluris fuit, & rerum collatarum utilitati magis respondens, quia non nuda opera, sed artis professione ac pollicitatione munita atque velata, considerabatur per eum, qui pecora pascenda agrumve in commune colendum dabat, quique non fuisset alteri rem suam in communem commissurus utilitatem, si nuda tantum opera qualis qualis fuisset ab eo præstanda, nullumque insignius ex artificio & peritia, operæ conjuncta, sperasset societatis seu lucri augmentum. Atque ita nulla opus est hujus legis emendatione, quam plerique varie tentant, ut videri potest apud Gothofredum *in not. ad l.* 52. §. 2. *ff. h. t.* & Ant. Fabrum *in rational. ad eandem legem.*

13. Petitur insuper hac actione, ut socius indemnis pro rata servetur ratione damni, quod casu fortuito suis in rebus societatis occasione perpessus est, ut ante dictum, *l. cum duobus* 52. *§. quidam* 4. *ff. h. t.* eique refundantur impensæ, quas sociorum unus supra suam partem fecit, sive in rerum communium conservationem erogaverit; (quo casu etiam, si socius alter intra menses quatuor, ex quo ad restitutionem condemnatus est, non reddat, victori jus Romanum permisit rem totam, in quam impensum, pro impensis retinere ac suam facere, si id sibi expedire putet, *l. cum duobus* 52. *§. idem respondit.* 10. *ff. h. t. l. si ut proponis* 4. *C. de ædific. privat.* quod tamen una cum aliis pœnis legalibus, aliquem privantibus jure suo, desuetudinem abisse, monet Groenewegen ad *d. l.* 4.) sive ultra suam partem societatis intuitu solvere extraneo societatis creditori coactus fuerit, *l.* 1. *§. ult. & ll. seqq. ff. de exercit. act.* arg. *l. omne æs* 27. *ff. h. t.* una cum usuris, quas aut erogavit, nummos impendendos mutuos accipiens, aut ex propria pecunia depensa potuisset redigere, *l. si unus* 67. *§. pen. ff. h. t.* Considerandum enim (ut aliquantulum digrediamur) socium unum quandoque a societatis creditoribus ultra suam posse partem conveniri. Quod ut manifestius appareat, inspiciendum erit, utrum omnes socii communiter & per se societatem pro indiviso exerceant, an vero uni ex suo numero, vel etiam institutori extraneo, demandaverint totam societatis curam ac administrationem; an denique partitis per partes aut regiones operis pro diviso singuli susceperint societatis tractationem. Si per se omnes communiter & pro indiviso societatem exerceant, adversus singulos non nisi pro rata parte, qua socii sunt, actio videtur danda; exemplo eorum, qui sine magistri opera navem per se exercuerunt, quos tantum pro portionibus exercitionis conveniendos esse, quia invicem sui magistri non videntur. Ulpianus tradidit, *l. si tamen* 4. *pr. ff. de exercit. act.* Sin plures socii unum de suo numero, vel extraneum quempiam, societati præfecerint, & ita elegerint in magistrum societatis, (de quo *l. item magistri* 14. *ff. de pactis*, & Sigonius *de antiquo jure civ. Roman. lib.* 2. *c.* 4. *post med.*) magis est, ut is, societatis nomine ac intuitu contrahens, non modo semetipsum in solidum obligatum reddat, juxta *l. si unus* 67. *pr. ff. h. t.* sed & reliquos socios, qui ipsum præfecerunt, in solidum singulos creditori societatis efficiat obnoxios; eo modo, quo & plures navem simul exercentes, si unum de numero suo, vel extraneum navi præposuerint, ex ejus contractibus navigationis intuitu initis in solidum tenentur, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l. si tamen* 4. *§. sed si plures* 1. *ff. de exercit. act.* aut plures unius tabernæ domini ex institoris conventionibus in solidum singuli possunt conveniri, *l. habebat* 13. *§. ult. l.* 14. *ff. de Inst. act.* Idemque est, si omnes quidem tractarint societatis negotia, sed pro diviso, seu separatim, per partes aut regiones distributa administratione: cum enim tunc singuli in partibus, sibi per reliquos socios demandatis, sibi invicem magistri vel institores esse videantur, consequens est, ex unius, tanquam institoris, contractu reliquos in solidum obligari. Qua ratione, si plures vectigalium

socii partes vectigalium separatim administrent, alter ab altero minus idoneo in se transferri portionem jure desiderat, *l. locatio* 9. §. *socii* 4. *ff. de publicanis*, quod frustra fieret, si non ultra suam partem singuli vectigalium socii ex conductione devincti essent. Nec est, quod cum Ant. Matthæo *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 5. existimes, non idcirco, quod singuli in solidum obligentur, sed quod idoneus pro non idoneo conveniri possit, hanc desiderari partis translationem, dum pro partibus quidem obligantur singuli, si uterque socius idoneus sit, sed si alter inidoneus sit, idoneus oneratur. Quamvis enim verum sit, tunc cum delictum perpetratum, cum plus justo per publicanos exactum est, cum multi fraudem fisco fecerunt, singulos quidem pro parte tantum teneri, sed unius inopia gravari ceteros, *l. si multi* 6, *ff. d. publicanis l. aufertur* 46. §. *ult. ff. de jure fisci*, non tamen ab obligatione ex delicto ad eam, quæ ex conventione descendit, argumentatio recte fit, nam & ex delicto magistri exercitores singuli pro ea tantum parte, qua navem exercent, devincti sunt, *l. ult.* §. *si plures* 5. *ff. nautæ caup. stabul. ut recept. restit.* quos tamen ex contractu magistri singulos in solidum obligari certum est, *d. l.* 1. §. *ult. ff. de exercit. act.* Ex usu interim hodierno inter mercatores dicendum forte, etiam tunc, cum plures socii unum ex suo numero vel extraneum velut institorem societati præfecerunt, singulos pro rata tantum parte ex ejus contractu teneri; ad similitudinem exercitorum, in quibus a jure Romano, eos in solidum singulos obligante, hactenus recessum est, ut monui *t. de exercit. act. n.* 5. & *t. de institor. act. n.* 2.

14. Porro (ut & hoc addam) præter primam hanc differentiam inter eos, qui per se communiter ac pro indiviso, quique ex adverso per unum ex suo numero, aut per institorem extraneum, vel partita inter se societatis administratione, sibi invicem institores sunt, insuper & altera est: puta, quod si plures societatem pro indiviso simul exercuerint, jure societatis per socium ære alieno socius non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint, cum neque socium alterum fecerit institorem, neque cum eo contrahi jusserit, ac proinde non ultra ex facto ejus obligetur, quam quatenus inde ad ipsum pervenit, idque secundum jus commune, quo nemo sine sua voluntate ex alieno contractu obligatur, nisi locupletior inde factus sit, arg. *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. de in rem verso*, ac de hoc casu plurium simul & pro indiviso negotia societatis curantium puto intelligendum esse Papinianum in *l. jure societatis* 82. *ff. h. t.* cum ex adverso reliquis in casibus, quibus vel unus sociorum, vel extraneus, vel socii sibi invicem partitis societatis curis & gestione institores sunt, parum referat ad socios singulos in solidum obligandos, utrum pecunia aut res aliæ societati credita sociis reliquis communicatæ, ac ita in arcam communem versæ fuerint, nec ne; sed sufficiat, societatis intuitu pecuniam bona fide creditam fuisse, cum societas tali credito indigeret, si jus Romanum spectet; (ex usu autem hodierno forte, etiam si non ita evidenter ea crediti necessitas appareret, si modo bona fides credentis adsit) arg. *l.* 1. §. *unde quærit* 9. *ff. de exercit. act.* Confer *t. de exercit. act. n.* 6.

15. Sed & tertio illud interest, quod, si plures socii communiter & pro indiviso tractaverint negotia societatis, unus pro sua conventus parte ab extraneo societatis creditore, non possit suam societatis partem cedendo ac pro derelicto habendo ab illa liberari actione; eo quod jam non ex alieno sed proprio contractu quem communiter cum aliis sociis inivit, ad solvendum interpellatur, ac æquum est, præstari in universum eam debiti partem, in quam quis ex propria cœpit conventione cum extraneo societatis creditore celebrata teneri. Contra vero, si sociorum unus conveniatur ex contractu non suo, sed institoris societati præpositi, vel alterius socii, qui velut institor, secundum superius proposita, nomine societatis contraxerat, ex moribus hodiernis ita jus est, ut liberari possit suam societatis partem derelinquendo; idque propter rationes easdem, ob quas usu obtinuit, exercitores liberari ab obligatione ex magistri contractu nata, si partes suas, quas in navi habent, derelinquere parati sint. Jacobus Coren *observ.* 40. *n.* 17. 18. 19. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 165. *num.* 10. 11. 12. 13. Junge *t. de exercit. act. n.* 5. Plane socium illum, qui nomine societatis ipse cum societatis creditore contraxit, liberari derelinquendo suam societatis portionem, cum ex proprio contractu conveniatur, iniquum foret, Christinæus *d. vol.* 1. *decis.* 155. *n.* 7. *& seqq.* Sed &, si sociorum unus non societatis sed proprio nomine contraxerit, socios reliquos ne ab initio quidem in solidum, aut ulla ex parte, obligatos reddit, arg., *l. si unus* 97. §. *si unus* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 27. *defin.* 1. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 6. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *const.* 17. *defin.* 12. in *pr.* De hac quæstione, an & quo usque socium extraneo obligare possit, vide varie sentientes Hect. Felicium *de societate cap.* 30. Christinæum *vol.* 3. *decis.* 52. *n.* 2. 3. 4. Vinc. Carocium *decis.* 118. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 24. *n.* 8. 9. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 5. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *const.* 17. *defin.* 12. Brunnemannum. *ad l.* 82. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 285. ibique plures cit.

16. Uti autem repetit socius hac actione quod supra suam erogarat partem, ita, si quid supra partem suam ex rebus societatis vel ejus occasione consecutus sit, hac actione restituere compellitur. Idemque est, si forte debitor societatis uni sociorum debitum solverit in solidum. Quamvis enim socii singuli ex contractu societatis nomine inito in solidum agere nequeant, sed tantum pro sua parte, adversus eos, qui quid societati debent, nisi sint correi credendi, *l. cum te in Gallia* 9. *C. si cert. pet.* vel inter argentarios societas sit, *l. si unus* 27. *pr. ff. de pactis*, vel is agat, qui solus contraxit & ita actionem sibi quæsivit, ceteris deinde communicandam, arg. *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t. d. l.* 9. *Cod. si cert. petatur*, Hect. Felic. *de societate d. cap.* 30. *num.* 39. *& seqq.* Quamvis etiam toties, quoties unus socius in solidum agere nequit, debitor quoque non satis tuto uni socio solidum præstet, Zoezius *ad Pand. h. t. num.* 47. tamen si solidum societatis intuitu sociorum unus sibi oblatum acceptaverit, eum id reliquis sociis communicare velut societatis pecuniam, aut certe societatis occasione quæsitam, æquum est; quod longe magis convenit eorum opinioni, qui de-

bitorem societatis uni solidum solventem liberari arbitrantur, inter quos est Hect. Felic. *de societate d. c.* 30. *num. ult.* Pyrrhus Maurus *de solution. c.* 5. *num.* 2.

17. Illud non satis expeditum est, an & quando socius ob id, quod pecuniam societatis intuitu possessam, ac sociis reliquis restituendam aut communicandam, penes se retinuit, aut suos in usus convertit, ad usuras teneatur? Distinctione opus esse existimo: aut enim pecuniam ipsius societatis per socios collatam, aut lucrum jam communicatum non restituit, aut penes se retinuit vel suos in usus erogavit lucra, quæ per eum societatis quidem intuitu acquisita, sociis tamen reliquis needum communicata fuerant. Si societatis ipsius communem pecuniam, ad usuras omnino obligatus est, sive de ea restituenda interpellatus moram fecerit, sive sine mora ex persona, seu needum a sociis ceteris interpellatus, in suos usus proprios eam converterit: quippe quod exigit natura judiciorum Bonæ fidei, in quibus usuras ex mora deberi certum est, *l. mora fieri* 32. §. *in bonæ* 2. *ff. de usuris*, & aperte respondit Papinianus in *l.* 2. §. 1. *ff. de usuris*, in qua dum usuræ dicuntur omnimodo, etiam mora non interveniente præstandæ, id accipiendum de mora ex persona, quæ per interpellationem induci solet: nam quin potius communem invadens pecuniam, aut suos convertens in usus, re ipsa moram faciat, dubitari nequit, in quantum fur & prædo semper moram facere intelliguntur, *l. in re furtiva* 8. §. 1. *ff. de condict. furt. l. merito* 19. *in fine ff. de vi & vi armata*. Neque ratio ulla apparet, cur non idem quod in mandato, negotiorum gestione, ac pignoris distracti pretio placuit, in societate quoque servaretur; in quibus gestorem, procuratorem, creditorem ad usuras teneri, si pecunias domini, aut pignorum venditorum pretia, in suos usus converterit, vel in iis reddendis moram fecerit, docet *l. qui sine usuris* 38. *ff. de negot. gestis*, *l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *ff. mandati*, *l. quamvis* 6. §. 1. *l.* 7. *ff. de pignor. act.* Nec hisce adversatur *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. h. t.* secundum quam, si socius particularis pecuniam communem fœneraverit suo nomine, adeoque suos in usus converterit, usuras inter socios non partitur, sed sibi retinet. Etenim, licet usuras, quas ita exegit, sibi servet, non tamen id impedit, quo minus ipse sociis reliquis usuras ex societatis natura præstet, sive majores, quam ipse consecutus est, sive minores, prout mos regionis induxerit in graviores aut leviores usuras mora damnari, quod & post Accursium notat Ant. Faber in *rational. ad d. l.* 67. §. 1. *ff. h. t.* Neque in jure nostro similes de usuris definitiones desunt. Nam &, si procurator nummos domini, quos domini mandato ac nomine credere tertio debuerat, suo nomine ac periculo crediderit, atque ita usuras consecutus sit, ab Ulpiano (qui Paulo auctori *d. l.* 67. coætaneus) responsum fuit ex Labeonis sententia, *cessare in usuris actionem mandati*, *l. idemque* 10. §. *si mandavero* 8. *ff. mandati*. Cessat scilicet mandati actio quantum ad usuras illas, quas procurator exegerat, cum suo nomine atque periculo pecunias domini fœnori dedisset, quia, cum sortis periculum sustinuerit, oportebat eum sortis istius usuras retinere, ex Pauli ratiocinio in *d. l.* 67. §. 1. *ff. pro socio*. At non ideo ab omni usurarum præstatione procuratorem suo nomine nummos domini credentem immunem esse, sed ad usuras ex mora regionis conveniri posse, idem Ulpianus in eadem *l.* 10. §. *si procurator* 3. *fere in fine*, aperte definit, dum ait, *quod si non exercuit pecuniam* (nempe nomine & periculo domini, ut mox explicabitur) *sed in suos usui convertit, in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*. Convertit autem procul dubio nummos dominicos procurator in suos usus quando eos suo nomine atque periculo fœnori dat, atque ita suum gerit negotium, sibique nomen acquirit. Sed nec absimilis plane facti species est, quam idem Ulpianus proponit in *l. si remunerandi* 6. §. *apud Julianum* 6. *ff. mandati*, ubi cum procurator ex domini voluntate nummos domini suo periculo in fœnore posuisset, ea tamen lege, ut nomine istius pecuniæ certas ipse usuras domino penderet, responsum fuit, procuratorem ipsum lucraturum, si pluris potuerit fœnerare. Fatendum quidem, pactum domini de usuris certis sibi per procuratorem præstandis fuisse interpositum: sed & in jure evidens est, ac constitutum ut in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, tantum possit officium arbitri, quantum stipulatio, *l. Lucius Titius* 24. *post med. ff. depositi*, ut proinde nulla inde diversitatis ratio peti possit. Denique etiam in tutore, cui pater permiserat pecunias pupillares in suos usus convertere, si modo unciarlam usuram pupilli rationibus inferret, Scævola respondit, defungi posse tutorem præstando id, quod testator voluisset, nec cogendum, ut usuras, quas suo nomine credens stipulatus fuerat, utcunque majores, pupillo restituat, *l. Titium & Mævium* 47. §. *præfectus* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* Restat tamen ratione responsionis ad *l.* 67. §. 1. *ff. pro socio*, difficultas in eo, quod Ulpianus scripsit, procuratorem meum, *si pecuniam meam fœnori dederit, usurasque consecutus sit, debere præstare quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non*, quia bonæ fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat, *d. l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *ff. mandati*. Sed animadvertendum, procuratorem ibi nummos dominicos non suo, sed domini nomine fœnerasse, quo casu æquum erat, ut & emolumentum fœnoris quanticunque domino cederet, sive is mandasset fœnerari nummos, sive non. Nam si mandasset, certo certius periculum nominis ad eum pertinebat; cui consentaneum erat, ei quoque usuras quascunque nominis istius acquiri. Rursus, si mandatum deesset, tamen & tunc periculum nominis ad dominum spectabat, adeoque & usuræ, cum negotiorum gestor non teneatur, si sine mandato pecuniam domini bene collocaverit, & casu fortuito, sine culpa gestoris, is, cui credita, solvendo esse desinat, *l. litis contestatæ* 37. §. 1. *ff. de negot. gestis* (vide *tit. de reb. creditis num.* 7.). Quod autem procurator in *d. l.* 10. §. 3. domini nomine seu in domini utilitatem nummos fœneraverit, id inde patet quod in verbis demum frequentibus *dictæ legis* 10. §. 3. Ulpianus incipit tractare de eo, qui pecuniam domini in suos usus convertit, (qualis secundum ante dicta & ille est, qui eam suo nomine fœneravit) de quo etiam ait, ipsum teneri ad usuras, *quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*, ut jam supra expositum. Hactenus de socio, qui in pecuniæ communi societatis restituenda moram fecit, aut eam in suos con-

vertit usus. Ex adverso, si socius non ipsis rebus societatis communibus, sed eo, quod ex societate lucrifecit, reddendo moram adhibuerit, vel ante interpellationem a sociis factam in suos usus converterit, ad usuras non tenetur, sed demum, si utrumque concurrat, id est, & in reddendo moram fecerit, & in suos simul usus converterit: quo tamen ipso casu ad usuras, non quasi usuras, sed quod socii intersit moram non fuisse factam, teneri socium moratorem, Pomponius ex Labeonis sententia scribit, *l. socium qui* 60. *ff. h. tit.* ait enim; *socium, qui in eo, quod ex societate lucrifaceret*, NB. reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, *usuras quoque praestare debere*: adeoque ad id, ut usurarum obligatio nascatur, hæc duo iunctim exigit, ut in *reddendo moram adhibuerit*, & ea pecunia ipse usus sit: quorum si unum desit, socium ad usuras in illa facti specie non teneri, non modo per argumentum ex verbis illis *a contrario* elici potest, sed & apertissime in verbis sequentibus per oppositionem declaratum est, dum mox subjungitur; *sed si aut usus ea pecunia non fuerit, contra esse*: perinde ac si diceret, si alterutrum ex superioribus deficiat, adeoque socius *aut usus ea pecunia non sit* (licet forte moram fecisset) *aut moram non fecerit*, (licet forte pecunia illa usus esset) *contra esse*, seu socium talem tunc ad usuras non teneri. Rigidius scilicet agendum videbatur cum socio, qui pecuniam societatis non ex asse suam, sed communem, & ita pro parte alienam, in suos usus converterat, aut in ea reddenda moram fecerat, quam si circa suam propriam pecuniam, tametsi alteri debitam, tale quid commisisset; quod posterius est in casu *d. l.* 60. *ff. h. t.* ubi socius lucrifecerat ex societate, & ita sibi soli acquisiverat, non sociis reliquis, quibus tamen jure societatis id tenebatur communicare, & ita commune efficere, juxta *l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Nec turbare debet, quod emtor, quamvis pretii debiti ex asse domus, in usuras tamen teneatur venditori, si modo moram fecerit, licet in usus suos non erogaverit, sed otiosum forte penes se retinuerit, *l. curabit* 5. *Cod. de act. emti*, *l. Julianus* 13. *§. veniunt*, 20. *ff. de act. emt.* Quod enim illic ita placuerit, ejus hæc ratio est, quod emtorem omnes emtæ rei fructus omnisque utilitas statim ab emtione perfecta sequitur, quia venditor emtori statim ad rem tradendam obligatus est; ut proinde æquum fuerit, usuras vicissim per eum præstari, ne alioquin idem & fructus rei & pretii utilitatem sentiat, *d. l.* 13. *§.* 20. 21. *d. l.* 5. cum ex adverso socius, qui lucrifecit, non ita certo reliquos socios sibi vicissim devinctos habeat in vicem eorum, quæ iis ipse debet: unde & difficilius onere usurarum, vel ejus quod interest, gravandus fuit. Confer Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* 60. *ff. h. t.* Atque hinc etiam *post mortem socii nulla talis æstimatio ex facto heredis facienda est, quia morte socii dirimitur societas*, ut habent verba *d. l.* 60. *in fine principii ff. h. t.* hoc est, heres socii ne quidem ad usuras velut interesse damnandus est ex proprio facto, seu ex eo, quod post mortem socii, dum ex antegesto pendentia ad finem perducit, aliquid lucratus est, & lucrum illud non communicavit, sed moram fecit, simulque suos in usus convertit; quia morte socii extincta est societas, nec heres socii socius est. Et licet verum sit, heredem socii ex bono & æquo obstrictum esse ad communicanda lucra illa, quæ ex antegesto pendentia suo facto percepit, quia vicissim emolumenti quoque per reliquos quæsiti successor est; tamen hoc totum non ex jure societatis fluit, quippe quæ morte extincta fuit, sed tantum ex bono & æquo fit. Secus quam obtineret, si socius ipse adhuc vivus in lucris communicandis moram fecisset, & simul ea in suos usus convertisset, atque ita cœpisset ad usuras, quasi ad interesse, devinctus esse, tunc enim obligatio ex facto defuncti nata, etiam adversus heredem socii continuanda esset, utpote ex jure societatis adhuc durantis initium habens. Quod autem in *d. l.* 60. usuræ non quasi usuræ, sed tanquam id quod interest, dicuntur præstandæ, ejus hanc puto rationem esse, quod usuræ proprie debeantur, ubi principaliter res fungibiles debitæ sunt; at in casu *d. l.* 60. socius ad factum magis, quam ad rem devinctus fuit, ad lucrum illud, quod perceperat, in arcam quasi communem inferendum, & sociis reliquis communicandum, dum illud ipso jure commune non sit, *d. l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Hæc de legis perdifficilis sensu ac ratione dixisse sufficerit, aliam ab usuris demum a tempore Labeonis in bonæ fidei judiciis ex officio judicis cœptis deberi petitam rationem eruditam communicavit Clariss. Collega D. Noodt, quæ propediem typis vulganda, plenius ab eo adstructa videri poterit; neque enim inventa aliena pro meis orbi literato propinare, animus aut consuetudo fert.

18. Denique & ad id hæc actio pro socio competit, ut socius patiatur, socium alterum uti re communi ad eos fines, ad quos illa ab initio comparata fuit sociorum voluntate, *l. cum duobus* 52. *§. idem Mela* 13. *ff. h. t.* ac vice versa ab iis abstineat circa rem communem agendis, quæ nova sunt ac primæ repugnant sociorum destinationi, arg. *l. si fundus* 39. *ff. h. t. l. Sabinus* 28. *ff. communi divid.* adde *d. t. communi divid. numer.* 7. etiamsi forte id tunc uni ex sociis minus expediret; eo quod semper in societate non id, quod privatim interest unius ex sociis, sed quod societatis expedit, servari solet, *l. actione* 65. *§. Labeo autem* 5. *ff. h. t.* Et generaliter, ut sociorum quisque præstet ea, quæ nominatim in se recepit: quo pertinet *l. cum societas* 69. *ff. h. t.* cujus hæc species facti videtur: quod inter plures nundinarum tempore contracta societate convenerit, ut unus eorum reliquis simul operam impensuris epulas præberet suis sumtibus; qui cum legi seu conditioni isti de epulis suo sumtu præstandis non pareret, quæritur, quæ ob id actio competat; ac respondetur, actionem pro socio dandam, scilicet sociis reliquis, ut ab epularum solutione ipsi immunes habeantur ab eo, qui epularum præstationem suo sumtu se præbiturum promiserat: dandam & ex vendito actionem, nempe epularum venditori, qui epulas ex istius socii voluntate secundum conventionem societati appositam paraverat, & ita socii istius fidem secutus erat. Quam explicationem a verbis aut mente Jurisconsulti longius recedere, tunc credam, cum id non affirmari simpliciter, sed probari videro; ait enim Ulpianus, *cum societas ad emendum coiretur, & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas præstaret, eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.* Nundinas pro epulis nundinalibus dici, ipse Jurisconsultus monet, ut id probatione ulteriore non indigeat. Convenerat

vero, ut ille unus epulas præstaret, *eosque a negotio dimitteret*, puta, ab illo negotio epularum, adeoque efficeret, ut reliqui liberi & immunes essent ab obligatione solvendi pro rata istas epulas, quam communiter absumturi essent: ita enim *dimittere*, est etiam alium ab obligatione dimittere & liberare, eoque sensu ambitiosa dicuntur ac rescindenda decurionum decreta, quibus largiti sunt, aut *aliquem debitorem dimiserunt*, secundum eundem Ulpianum in *l. ambitiosa* 4. *ff. de decretis ab ordin. fac.* Cum ergo socius ille unus reliquos ab illo epularum negotio non dimisisset immunes, adeoque epulas quidem præstitisset, sed *eas eis non solvisses* secundum pactionem, qua solus onus illud epularum solvendarum subire obstrictus erat, recte a Jurisconsulto generaliter definitum est, *& pro socio & ex vendito cum eo agendum esse*, non per eundem, sed diversos, per socios quidem *actione pro socio*, per venditorem epularum *actione ex vendito*, ut jam dictum est. Alii aliter. Confer Ant. Dadinum Alteserram ad *d. l.* 69. *post tract. de fictionibus Juris*, Cujacium *lib.* 4. *observat.* 17. Ant. Fabrum *conject. lib.* 5. *cap.* 4. Wissenbachium *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 33.

19. Salarium seu honorarium quod attinet, licet rarior ejus in societate, quam quidem in mandato, usus sit, dum partes lucri singulis obvenientes sufficiens operæ pretium sunt; nihil tamen impedit, quo minus uni socio, negotia societatis forte potissimum aut unice tractanti ac promoventi, cum ad illam operam supra ceteros præstandam ex conventione non teneretur, vel ab initio salarium aliquod assignetur, aliis ob viri boni arbitratum adjudicetur, idque ex vel postea potius magistratus cognitione, quam ordinaria pro socio actione intentata, argumenro eorum quæ de salario in mandato interveniente dicta sunt. Quod & moribus hodiernis conveniens esse, patet extraordinaria responso Jurisconsultor. & mercatorum inter Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 252.

20. Sciendum autem, singularia quædam in hac actione pro socio recepta esse: etenim primo quidem socius, hoc condemnatus judicio, competentiæ beneficio munitus est: non modo in universali sed & in particulari societate, secundum Ulpianum in *l. verum est* 63. *pr. ff. h. t.* Qui non videtur sibi contrarius, cum in *l. sunt qui* 16. *ff. de re judic.* inter eos, qui in id quod facere possunt conveniuntur, enumerans & *socios*, subjungit, *socium autem omnium bonorum accipiendum est.* Nam ut sileam, non deesse qui totam istam periodum non Ulpiani, sed imperiti interpretis esse putant, propter Latinitatis corruptionem, dum scribendum fuisset, *socius accipiendus est*, Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 63. *ff. h. t.* dici etiam potest, dissensum fuisse de particulari socio inter Sabinum aliosque, Ulpianum autem in *d. l.* 16. tantum brevem recensentem catalogum eorum, quibus competentiæ beneficium indultum erat, proposuisse societatem universalem, de qua nullum dubium erat; de particulari vero in *d. l.* 63. post discussionem pleniorem probasse Sabini sententiam; unde propterea supplendum quod *d. l.* 16. deest. Caret tamen hoc beneficio, si se socium esse per mendacium negaverit, *l. si unus* 67. *§. ult. ff. h. t.* vel dolo fecerit, quo minus solidum præstare possit, sua erogando, non item, occasionem acquirendi omittendo, *l. verum est* 63. *§. hoc quoque* 7. *l. nemo* 68. *§. illud quæritur* 1. *ff. h. t.* nec competit heredibus socii aut fidejussoribus, aut patri vel domino, in cujus patria vel dominica potestate socius est, si hi consenserint in societatem, *d. l. verum est* 63. *§.* 1. 2. *ff. h. t. l. exceptiones, quæ* 7. *ff. de exception.* imo jure hodierno sociis omnibus, in universum hoc beneficium denegari, vult Groenewegen ad §. 38. *Inst. de action.* aliique ibidem allegati: licet pro hoc beneficio adhuc a pluribus Hollandiæ Jurisconsultis responsum sit, Resp. Jurisc. Holl. *part:* 5. *vol:* 2. *consil.* 70.

21. Illud quoque singulare est, quod, si pluribus ex sociis unus egerit contra socium ex societate obligatum, & damni reparationem pro sua parte in totum obtinuerit, deinde reliqui, pro sua quoque parte agentes, solidum consequi ob socii conventi inopiam non possint, is, qui solidum acquisivit, pro rata reliquis communicare tenetur, quod vigilando sibi servaverat; quasi iniquum sit, ex eadem societate alium plus, alium minus consequi, *l. verum est* 63. *§. cum tres* 5. *ff. h. t.* contra communem regulam, qua jura vigilantibus dicuntur scripta, meliorque occupantis conditio inter eos, quibus eadem ex causa debetur, *l. pen. in fine quæ in fraud. cred. facta sunt, ut rest. l. inter eos* 19. *pr. ff. de re judic.* Sed & vice versa, si sociorum unus quid supra suam partem impenderit, & quidam ex reliquis sociis solvendo non sint; idoneos reliquos gravabit id, quod ab aliis ob inopiam eorum servari non potest: quia, cum societas contrahitur, tam lucri quam damni communio initur; in damno autem societatis intuitu superveniente & illud est, quod depensum non possit a quibusdam pro rata servari, *l. si unus* 67. *pr. h. t.*

22. Denique & illud, si non singulare, saltem observatu dignum est, si unus ex sociis foro cesserit, cum jam ultra suam partem, quæ ei jure societatis competebat, quacunque ratione consecutus esset, in reliquis rebus hac creditis societatis potiorem fore causam sociorum reliquorum, quam creditorum aliorum istius socii foro cedentis. Cum enim unusquisque non ultra socius sit, aut jus in rebus societatis habeat, nec amplius quicquam jure societatis percipere possit, quam quatenus in societatem contulit, collatumque reliquit, seu necdum recepit; neque reliqui socii pati teneantur, ut is, qui jam multa ex societate percepta sibi retinuit, quicquam ulterius sibi deducat, nisi postquam & ipsi tantundem ex rebus aut creditis societatis pro rata perceperint, consequens est, tunc, cum foro cedens plus quam suam partem consecutus est, nullam amplius ei partem ex rebus aut creditis societatis deberi, sed quicquid in societate reliquum invenitur, reliquorum sociorum proprium esse, ac inter eos solos oportere pro rata dividi portione. Quod autem socius ipse foro cedens percipere non potuit, id nec creditores ejus bona ipsius possidentes exigere aut sibi arrogare posse, rationis est: quippe jus omne suum metientes ex capite socii foro cedentis, eumque repræsentantes. Hector Felicius *de societate c.* 31. *n.* 24. 25. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 6. ibique plures comprobationes.

23. Finitur societas morte unius socii, non tantum respectu mortui ipsius, sed & inter reliquos socios superstites, eo quod fieri non raro solet, ut uno pereunte utilis esse desinat, vel saltem longe minus proficiat reliquorum industria aut rerum collatio, arg. *§. illud non* 10. *Inst. de leg. Aquil. l. adeo morte* 59.

in fine pr. ff. h. t. nisi in privata societate id ab initio vel postea convenerit, ut inter reliquos superstites maneat societas, *§. solvitur* 5. *Inst. h. t. l. actione* 65. *§. morte* 9. *ff. h. t.* aut societas sit vectigalium, quippe in qua tria singularia videntur Jure Romano constituta, comprehensa in *d. l.* 59. *& l. verum est* 63. *§. in heredem* 8. *ff. h. t.* quorum primum est, quod morte unius socii inter reliquos superstites non dissolvatur ipso jure societas; secundum, quod in publica societate etiam ab initio conveniri possit, ut heres socii succedat in societatem, & ita pars defuncti ad personam heredis adscribatur, ut heredi quoque conferri oporteat; cui conventioni vivis sociis omnibus initæ omnino deinceps uno moriente socio standum est, nisi is mortuus sit, propter cujus operas maxime societas coita est, aut sine quo societas administrari non potest. Et hanc puto sententiam esse *legis adeo morte* 59. *ff. h. t.* ut verba posteriora conveniant primis; quibus cum esset proposita regula, *adeo morte socii solvi societatem, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati*, exceptio mox subjungitur, cum dicitur, *hoc ita in privatis societatibus*; *in societate vectigalium nihilominus manet societas &c.* Regula autem hæc duo continebat: primo, *morte socii solvi societatem*; secundo, *ab initio non posse pactum iniri, ut heres socii succedat societati*. Cum ergo regula ista duplex tantum obtineret in *privatis societatibus*, in *societate vectigalium* diversum statueretur; duo quoque singularia in exceptione a regula, duo continente, admitti necesse fuit, quorum unum erat quod *in societate vectigalium nihilominus maneat societas & post mortem alicujus*, ut habet *d. l.* 59. alterum, quod & heres socii in societatem succedat, eique tanquam socio conferri oporteat, si modo id ab initio inter socios actum sit; quod significatur in verbis mox sequentibus, *d. l.* 59. *sed ita demum, si pars defuncti ad heredem ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat*, perinde, ac si dixisset, *post mortem quidem socii alicujus manet nihilominus vectigalium societas*; verum non ideo etiam in heredem socii transmittitur, *sed ita demum* continuatur cum herede socii, *sic ut heredi quoque* tanquam socio *conferri oporteat, si pars defuncti ad heredem ejus adscripta sit*; id est, si in societate ineunda id actum sit, ut pars socii alicujus defuncti heredi ejus tanquam socio adscripta habeatur. Quod enim verba illa de *parte defuncti, ad heredem ejus adscripta*, non de adscriptione post mortem unius socii facta, sed de ea, quæ vivis omnibus sociis ab initio intercessit, intelligenda sint, aperte ex eo colligitur, quod Jurisconsultus talem adscriptionem partis defuncti ad heredem non semper probat, nec omni casu efficacem esse vult; *sed ipsum ex causa æstimandum esse: quid enim si is mortuus sit, propter cujus operam societas maxime coita sit? aut sine quo societas administrari non possit?* ineptum sane esset, per socios superstites post mortem socii illius, sine quo societas administrari non posset, partem defuncti in heredem ejus, nihil societati tali profuturum, transcribi. Atque ita satis recte conveniet Pomponius, auctor *d. l.* 59. cum Ulpiano, qui in *l. verum est* 63. *§. in heredem* 8. *ff. h. t.* primo quidem proponit similitudinem inter privatam societatem, & eam quæ vectigalium est, quod scilicet in utraque heres socii socius non sit; cum ait, *in heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit. Licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circa societates vectigalium cæterorumque idem observamus, ut heres socius non sit.* Sed & deinceps post illam societatis utriusque comparationem subnectit differentiam, cum dicit, circa societates vectigalium ceterorumque idem observari, ut heres socii socius non sit, *nisi fuerit adscitus*; non post mortem socii; sic enim non esset singularitas aut exceptio; cum & in privata societate heres ejus jam notus, post mortem socii adsciscі possit, ut quasi nova societas intelligatur, *l. plane si bi* 37. *ff. h. t.* arg. *§. pen. in fine Inst. h. t.* sed statim ab initio, dum id ex privilegio singulari inter publicanos socios actum est, ut heres socii succedat in societatem, adeoque *pars defuncti* statim ab initio, aut saltem vivis omnibus vectigalis sociis; *ad personam heredis ejus adscripta fuit*, ut habet *d. l.* 59, *ff. h. t.* Neque mirandum adeo, istam in societate vestigalium conventionem admissam fuisse; cum utique heres socii, etsi adscitus non fuerit, particeps tamen vectigalium maneat ex Jure conductionis, ut mox explicabitur. Confer varias circa hanc quæstionem opiniones apud Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* 59. *ff. h. t.* Cujacium *lib.* 1. *observat.* 26. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 6. 7. 8. In privatis societatibus hujusmodi pactionem, ut heres socii succedat in societatem, reprobatam esse, in aperto est, quia in societate persona eligitur, sive propter industriam atque peritiam, sive propter integritatem, candorem, facilitatem & bonam fidem, dum forte nil præter rem confert ad societatem; qualis industria, peritia, candor, bona fides, facilitas ac virtutes aliæ ad heredes non transeunt, quos sæpe imperitos, sæpe negligentiores, morosos, rixosos, dolosos, & potissimæ fidei esse, experientia testatur, *l. nemo potest* 35. *l. adeo mores* 59. *ff. h. t.* Quemadmodum & socius testamento imperare potest heredi suo, ut in societate perduret, si socii reliqui eum assumere parati sint, arg. *l. si qui ita ff. de condit. inst.* Respond. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 3. *consil.* 332. *rectius* 232. *num.* 7. *pag.* 667. Adde *t. famil. ercisc. num.* 52. Heredem tamen post mortem socii de novo assumi, nihil vetat, secundum jam tradita *d. l. plane si bi* 37. *ff. h. t.* Et, si maxime adscitus non fuerit, tamen emolumenti successor est, tum ejus, quod viro socio quæsitum fuit, tum ejus, quod post socii obitum supervenit, si modo ex ante gesto pendeat, id est, si causa istius acquisitionis mortem socii antecesserit; idemque in damno jus est, *l. actione* 61. *§. morte* 9. *ff. h. t.* Plane, si quid lucri aut damni acciderit societati post mortem unius socii, ex negotio novo, seu nova causa, quæ mortem socii insecuta est, ad heredem socii in privata societate non pertinet, sed tantum in publica vectigalium id peculiariter receptum, in qua non ea solum quæ ex ante gesto pendet, sed omnia durante societate obvenientia lucra ac damna heredi socii, etiam non adscito, prosunt aut nocent; notante illam differentiam tertiam satis evidenter Ulpiano in *d. l. verum est* 63. *§. in heredem* 8. *ff. h. t.* Cum enim dixisset, circa societates vectigalium cæterorumque idem servari, quod in societate privata, ut nempe heres socius non sit, ac mox subdidisset de illa vectigalium societate exceptionem, *nisi fuerit adscitus* continuato sermone istam de societate vectigalium prosequens assertionem, ait, *verumtamen* (id est, licet

adscitus non sit) *omne emolumentum societatis ad eum pertinet, simili modo & damnum agnoscit, quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis, sive postea* (id est, cujus causa sive vivo sive mortuo socio existit) *quod non similiter in voluntaria societate observatur;* quæ *voluntaria* societas est *privata* societas, cum opponatur vectigalium societati, quæ non ita voluntaria est, quippe continuanda præcise in tempus illud, ad quod usque vectigalium conductio facta fuit, nec resolvenda sociorum arbitrio ac voluntate, uti quidem societas privata. Estque ratio singularitatis in vectigalium societate in eo, ut opinor, posita, quod in omnem eventum heres socii publicani succedat in conductionem vectigalium ad heredes transitoriam, & suam possit exercere partem in vectigalium exactione, adeoque, licet non socius, attamen particeps sit lucri & damni ex ea conductione provenientis. Quia vero heres socii in societate privata in lucra & damna, quæ ex ante gesto pendent succedit, hinc etiam est, quod ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debeant, in quibus & dolus per eum præstandus est, & culpa levis, *l. heres socii* 40. junct. *l. actione* 65. *§. morte* 9. *ff. h. t.* seu culpa talis, qualem & defunctus socius præstare debuit, *l. & asti* 36. junct. *l.* 35. *ff. h. t.* Nec huic obest, quod heres tutoris in perficiendis illis, quæ in tutorem inchoata erant, non nisi ex dolo inveniatur obligatus, *l.* 1. *ff. de fidejussor. & nominat. & hered. tut.* Etenim diversitatis illa ratio est, quod socii heres ex implemento inchoatorum a defuncto lucrum quoque speret, ut proinde æquum sit ex generali juris regula eum de levi culpa teneri, tanquam in negotio in quo utriusque utilitas vertitur: heres vero tutoris neque tutor est, neque ex perficiendis emolumentum sentit, ut proinde nec muneris intuitu nec lucri sperati contemplatione ex culpa levi videretur condemnandus. Quod si, integris omnibus unus ex sociis ignorans mortem socii negotia communia bona fide gesserit, lucrum & damnum ex bona fide gestis commune erit: non item, si sciverit, *l. actione* 66. *§. item si alicujus* 10. *ff. h. t.*

24. Quamvis autem socius ita se nequeat societati subducere, ut alium suo loco substituat, futurum deinceps socium, & a reliquis volentibus, nolentibus, admittendum; quia socios sua nequit efficere voluntate, ut is mihi socius sit, quem ego socium esse nolui, cum societas consensu contrahatur, *l. qui admittitur,* 19. *ff. h. t.* usque adeo ut ex eadem ratione ne pater quidem adrogator per adrogationem, modum acquirendi dominii universalem, socius fiat, & in filii adrogati societatem subintret, *d. l. actione* 65. *§. societas* 11. *ff. h. t.* renunciatione tamen per unum facta, licet invitis ceteris, societatem dissolvi placuit, *l. societatem* 4. *§.* 1. *ff. h. t. §. manet autem* 4. *Inst. h. t.* sive expresse, sive rebus ipsis & factis renuncietur, veluti separatim negotiando, actionem pro socio intentando ea mente, ut a societate discedatur, ut supra dictum, *l. verum est* 63. *§. ult. l.* 64. *l.* 65. *ff. h. t.* Si modo renunciatio neque fraudulenter neque intempestive facta sit. Nam si callide quis in hoc renunciaverit societati, obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifecerit, cogitur hoc lucrum communicare, si ea lucrosa sit, sin damnosa, damnum ad solum eum pertinet, qui renunciavit. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem acquiritur, soli conceditur, *§. manet.* 4. *Inst. h. t. l. actione* 65. *§. diximus* 3. *ff. h. t.* Simili modo, si societatem inieverimus ad aliquam rem emendam, deinde renunciaveris societati, ut solus tibi emeres, teneberis mihi quanti mea interest: quod non obtineret, si ideo renunciaveris, quia tibi displicebat emtio; eo quod hic nulla fraus est, *d. l. actione* 65. *§. item si societate* 4. *ff. h. t.* Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *n.* 41. Quod si ad certum tempus societas coita sit, eam ante tempus renunciando socium a se, non se a socio liberat, ideoque si quid compendii postea factum fuerit ab altero socio, ejus partem renuncians haud fert; at si dispendium, æque præstabit portionem; nisi renunciatio ex necessitate quadam, veluti imminente diuturniore absentia reipublicæ gratia, aut alia justa ex causa facta fuerit; neque enim tenebitur pro socio, qui ideo renunciavit, quia conditio quædam, qua societas erat coita, ei non præstator; aut quia socius adeo rixosus, injuriosus, ac damnosus est, ut non expediat eum pati; vel quia ea re frui non licet, propter quam negotiatio suscepta est, *d. l. actione* 65. *§. item qui* 6. junct. *l. si convenerit* 14. *& seqq. ff. h. t.* aut quia socius ad egestatem delabitur, *l. societatem coire* 4. *§.* 1. *ff. h. t.* arg. *l. ubi adhuc* 29. *C. de jure dotium. Hector* Felicius *de societate cap.* 34. *n.* 24. Dummodo sciamus, non videri societatem ad certum tempus initam fuisse, si id tantum convenerit, ne intra certum tempus communis res dividatur, *d. l.* 14. *ff. h. t.* Ceterum societatibus ad certum tempus initis accensenda quoque vectigalium societas, cum ipsa vectigalium conductio certo temporis spatio circumscripta sit; cui consequens est, ut intempestiva dicatur hujus societatis publicæ vectigalium renunciatio, quamdiu ipsum conditionis tempus elapsum non est, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 8.

25. Modum renunciandi quod attinet, non ipse tantum socius, sed & curator ejus renunciare potest, si socius ipse furere cœperit, *l. ult. C. h. t.* uti & procurator socii, sive ad id speciale mandatum habeat, sive generale cum libera, quoties ei dominus non specialiter prohibitur renunciare, *d. l. actione* 65. *§. renunciare* 7. *ff. h. t.* Nec tantum socio, sed etiam procuratori ejus recte renunciatur; si modo socius istam renunciationem suo procuratori velit ratam habere, qood totum ab ipsius arbitrio pendet, ac in potestate ejus est, *d. l.* 65. *§. item scriptum* 8. *ff. h. t.* Nec præsenti tantum, verum & absenti per epistolam aut nuncium renunciari potest, ut ita unumquodque eo dissolvatur modo, quo colligatum est. Si tamen absenti renunciata societas sit, placuit, quod is sciverit, cui renunciatum est, in commune redigi quod is acquisivit, qui renunciavit; detrimentum autem solius ejus esse, qui renunciavit. Sed quod absens acquisivit, ad eum solum pertinere; detrimentum ab eo factum commune esse, *l. sed & socius* 17. *§.* 1. *ff. h. t.* An autem renunciatio privatim facta sufficiat, an vero publice denunciandum sit, non æque expeditum est. Sociorum quidem ipsorum intuitu privata sufficere videri potest ad id, ut in poste-

rum sua quisque lucra ac damna ferat. Diversum forte dixeris, si de iis, qui cum socio nomine societatis contraxerunt, & ita socios reliquos ex conventione unius vel in solidum vel pro parte solent sibi obligatos habere, quæstio sit; quippe qui vel proscriptione vel saltem denunciatione certiorandi videntur, finem societati factum esse, ne ignorantes decipiantur, contrahentes cum uno ex sociis nomine societatis, atque ita sequentes fidem societatis, quæ jam dissoluta est, arg. *l. sed si pupillus* 11. §. 2. *& seqq. ff. de institor. act.* Justam sane ignorantiam eorum, qui non muniti cum quondam socio post dissolutam societatem contraxerunt, ac crediderunt consueto more in usum societatis, ipsis damnosam esse, æquum non est, arg. §. *item si* 10. *Inst. de mandato*, *l. actione* 65. §. *item si alicujus* 10. *ff. h. t. l. cuicumque* 5. §. *idem Labeo* 9. *ff. de Inst. act.* qui si ex adverso eam scivissent dissolutam, de se queri & sibi imputare deberent, licet non solemniter admoniti essent; cum certiorari non debuerit, qui non ignoravit, arg. *l. 4. in fine ff. de act. emti.* Confer Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 5. *num.* 6. *fere in pr.* Joh. Papon *lib.* 15. *t.* 2. *in append. arrest.* 7. Treutlerum *vol.* 1. *disp.* 27. *thes.* 11.

26. Finito quoque negotio societatem dissolvi uti & publicatione bonorum ac cessione, constat ex §. *item si alicujus* 6. 7. 8. *Inst. h. t.* si modo bonis cedens, aut publicationem bonorum patiens, rem contulerit; non vero si opera; quippe quæ non minus post, quam ante cessionem aut publicationem, præstari possunt: ut proinde eo casu non deficiat materia societatis, atque ita etiam cesset ratio, cur finiretur. Quamvis negari non possit, quin velut ob supervenientem egestatem, secundum ante dicta, socius alter renunciare societati possit, ubi credit, eam sibi non expedire. Quemadmodum vice versa etiam societas, publicatione vel cessione peremta, redintegrari potest nova voluntate, ut forte operas conferat, qui ante publicationem fecerat rerum collationem, d. §. 8. *Inst. h. t.* Quod si servus post coitam societatem alienatus, in ea perseveraverit, nova societas cum novo domino contracta intelligitur, *l. si id, quod* 58. §. *ult. ff. h. t.* aliter quam in eo servatur, qui ex patrefamilias fit filiusfamilias aut vice versa; utpote quia capitis diminutione non perimitur societatis jus, *d. l. si id quod* 58. §. *si filiusfamilias* 2. *l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. h. t.*

27. Finita societate, res sociorum communes pro rata, qua collatæ, redeunt ad socios, seu, quisque quod contulit, pro rata deducit: excepta universali totorum bonorum societate, in qua viriles singulis partes cedunt, si non aliud actum sit. Quod si unus operam, alter pecuniam contulerit, servandum quod convenit; si nihil convenerit, rem conferens eadem prius deducit, si opera collata tam levis sit, ut videatur cum usuris pecuniæ speratis compensanda. Sed si appareat, tanti operam valere, quanti valet ipsa ab altero latere collata sors, vix est, ut ei, qui rem contulit, concedendum fuerit eandem præcipere, ne manifesta inde inter socios inæqualitas oriatur. Quod latius docet Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 54. post Hug. Grotium *de jure belli ac pacis lib.* 2. *num.* 24. Confer Hect. Felicium *de societ. cap.* 9. *num.* 54. *& seqq. & cap.* 16.

28. Quamvis autem socius in dubio non præsumatur in re communi habuisse furandi propositum, si tamen cum contrectatione concurrens furti faciendi affectus probari queat, non tantum hoc societatis judicio, sed & furti actione pœnali socius conveniri potest, nec altera instituta alteram tollit: cum altera rei tantum, altera meræ pœnæ persecutio contineatur, *l. rei communis* 45. *l. merito* 51. *ff. h. t.* Cui contrarium non est Javoleni responsum in *l. si is, cui* 71. *ff. de furtis*, cum ibi per *actionem furti* intelligenda sit condictio furtiva, quæ, cum rei persecutoria concurrens efficit, ut una prius intentata alteram tollat, arg. *l.* 1. *Cod. de condict. furtiva.* Quomodo etiam actio furti pro condictione furtiva accipitur in *l. & ita* 3. §. *ult. ff. nautæ caup. stabul. ut recepta restit.*

LIBER OCTAVUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Contrahenda Emtione, & de Pactis inter Emtorem & Venditorem compositis, & quæ res venire non possunt.

SUMMARIA.

1. *Emtione quid significetur in latissimo, minus lato, & stricto sensu? Quid sit imaginaria venditio? an valere possit tanquam donatio?*
2. *Quid operetur promissio de re justo pretio vendenda, vel si quis promiserit Titio,* se rem nulli alii quam Titio venditurum?
3. *Nemo invitus cogitur rem suam vendere, licet eam jam publice proscripserit. Recensentur casus excepti. Emtio consensu perficitur; nec scriptura opus. Quid juris, si id actum, ut in scriptis fiat venditio?*
4. *Obest consensui ebrietas, qua occasione de venditionibus in popina celebratis in Rhenolandia alibique.*
5. *Error facit emtionem nullam, si in toto corpore, vel in tota substantia, vel in qualitate, quam res habet a jure, vel in tota materia erratum sit.*
6. *Qualis error non faciat venditionem nullam, sed tantum pretium diminui? & an tunc emtori præstandum sit id quod interest?*
7. *Error in quantitate nunquam facit emtionem nullam. An ob errorem talem pretium augendum vel minuendum sit? quando fundus* ad quantitatem, *quando* ad corpus *censeatur venditus?*
8. *Qui emere possint? an alius pro alio, quem nominaturus est? an venditor teneatur sequi fidem*

nominati? intra quantum temporis spatium nominatio moribus nostris facienda sit?

9. *An, & quo modo tutor emere possit rem pupilli? Quid juris in procuratoribus, testamenti executoribus, aliena negotia gerentibus, Ecclesiarum œconomis?*

10. *An milites & magistratus eorumque ministri emere potuerint in ea provincia, in qua militant, aut cui præsunt? An hodie judex, qui venditionem publicam decrevit, aut graphiarius, aut apparitor, aut præco, & alii auctionis ministri?*

11. *An quis possit domum emere ad destruendum? An Monasteria aut Ecclesiæ moribus nostris emere possint immobilia? An nobiles negotiari? An moribus domatim merces per peregrinos vendi? An pœnæ loco interdici negotiatio possit, vel invito imponi?*

12. *Emere prohibitus nec per interpositam personam id potest.*

13. *Quales res vendi possint? An & fructus nascituri? frumentum in herba? & quid si nihil nascitur? quid si venditor fructus nascituros vendens, promiserit, se præstiturum* si quid vi aut tempestate factum esset? *An a.ea spes emi? spes emta videtur, si emtum jus deducendi metalla ex fodinis.*

14. *Res aliena vendi potest, socius suam tantum partem in re communi: sicut tamen rem totam.*

15. *An vendi res sacræ & similes? An hodie, & quo modo, præbendæ & canonicatus? An res per testatorem vel legem vel pactum alienari vetitæ; & cur aliud jus sit in alienatione per pactum prohibita, quam si testamento vel lege prohibitio facta sit?*

16. *Quid juris, si res furtivæ sint emtæ, aut pecora a militibus aut prædonibus abacta, aut materia ædium per hostes aut milites dejectarum?*

17. *De purpura a privatis non vendenda, servis Christianis Judæo non distrahendis, & de fundis Principis patrimonialibus.*

18. *De Romanæ gentis eunuchis, venenis malis, libris improbatæ lectionis, de cote, armis, vino, ferro, frumento, ad hostes aut Barbaros non transvehendis. An tempore belli impediatur jure, ne populi neutri parti studentes, merces ullas ad hostes devehant? ubi & de pactis plurium populorum hac de re. An si ex conventione res licita cum illicitis ad hostes ferantur, licita aut navis una cum illicitis captæ publicentur?*

19. *Quibus ex causis justum sit etiam alta pace prohiberi mercium impetrationem aut exportationem?*

20. *Prohibitio importationis aut exportationis mercium strictam recepit interpretationem, quod exemplis docetur.*

21. *Quid juris, si ante contractum emptionis res emta in totum aut pro parte perierit, ignorante vel sciente alterutro vel utroque.*

22. *Pretium merci respondere debet; & in pecunia consistere. Quid si pretium sit constitutum animo non exigendi? quid si postea remittatur? quid si aliud in solutum detur? quid si partim res, partim pecunia detur?*

23. *Pretium debet esse certum. An instrumento vel testibus probetur plene emtio, si non sit declarata quantitas pretii? An pretium conferri possit in arbitrium tertii, vel unius contrahentium? quid juris, si tertius nolit vel non possit arbitrari, vel iniquum arbitretur?*

24. *Quando perfecta sit venditio? quid si res ad gustum sit vendita, vel sub conditione, vel ad pondus, numerum aut mensuram?*

25. *Emtioni accedere possunt arrha; explicatur materia arrharum.*

26. *Recensentur pacta quædam præcipua, quæ possunt vel non possunt adjici emtioni. 1 e pacto,* si res emtori placuerit, *intra quantum tempus voluntas declaranda sit? an ad heredem transeat facultas declarandi voluntatem? De pacto, ut equi* venales experiundi dentur, &c. ut res venalis apud emtorem relinquatur, quo possit peritioribus ostendi; *& cujus periculo tunc res venales sint apud emptorem constitutæ, vel jussu ejus ad venditorem relatæ, & interversæ? De pacto, ne ad præteritas pensitationes emtor teneatur.*

27. *Facta dubia quo modo recipiant interpretationem? an contra emptorem, an vero contra venditorem?*

28. *Recensentur pacta varia dubia, quæ ab ipsis legibus receperunt interpretationem.*

1. EMtionis verbo lex duodecim tabularum omnem alienationem complexa videtur, adeo ut & legatum eo contineatur, teste Pomponio & Marciano in *l. statuliberi* 29. §. 1. *post med. ff. de statuliberis, l. sicut re* 8. §. *venditionis* 11. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Ravardus *l.* 4. *variorum cap.* 12. Strictius acceptum, locationem comprehendit, in quantum veteres emtionem dixerunt & eam, quæ proprie locatio erat, uti *pretium* pro *mercede*; quod latius docet Cujacius *lib.* 9. *observ.* 15. Gothofredus *in not. ad l.* 20. *ff. de act. emti.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. Hic vero, prout a locatione distinguitur, est contractus bonæ fidei consensu constans, quo id agitur, ut merx certo pretio permutetur. Cujus tria sunt requisita substantialia, consensus, merx, & pretium; quorum unum si desit, emtio non est. Et quamvis imaginariæ venditiones, quæ uno intetveniente nummo peragebantur, atque adeo sine pretio (dum nummus unus vulgo pretium non est, sed pretio aut mercedi opponitur, *l. si quis ante* 10. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si quis conduxerit* 46. *ff. locati, l. imaginaria* 16. *ff. de reg. juris,*) non modo apud antiquissimos Romanos in emancipatione liberorum, testamento per æs & libram, nuptiis coemtione factis, adhibitæ fuerint, sed & jure civili recentiore usum subinde insignem præstiterint, veluti in restituenda dote, cum ususfructus in dotem datus esset, *l. si ususfructus* 66. *ff. de jur. dot.* nec reprobatæ fuerint, si quis eas celebrare voluerit, quoties neque legibus publicis, neque tertio per hujusmodi imaginarias venditiones fraus sit; sciendum tamen, eas non tam venditionis, quam potius donationis effectum sortiri, *l. si donationis* 3. *C. h. t.* sic ut usucapio ex hisce non *pro emtore*, sed magis *pro donato* procedat, *l. ult. ff. pro donato*, neque subsistant inter eos, inter quos jura donationes prohibuerunt, *l. si quis donationis* 38. *ff. h. t.* Et ex hisce explicandum puto, quod a Paulo scriptum est, *nudam & imaginariam venditionem pro non facta esse, & ideo nec alienationem*

ejus rei intelligi, *l. nuda* 55. *ff. h. t.* scilicet pro *non facta* est, in quantum valere nequit tanquam venditio, quia, deficiente pretio, *emtio in sui deficit substantia*, secundum *d. l.* 3. *C. h. t.* & *vendere non videtur*, qui in venditione pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, *l. cum in venditione* 36. *ff. h. t.* ac ideo etiam *alienatio ejus rei non intelligitur*, ut habet *d. l.* 55. *ff. h. t.* puta, ex illo titulo venditionis; sed quod dominium non transibat ex venditione, ex donatione tamen, quæ imaginariæ inest venditioni, transferebatur mediante traditione, *d. l.* 3. *C. h. t.* uti usucapiebatur, si res aliena sic traderetur, *de l. ult. ff. pro donato.*

2. Distat autem ab hoc venditionis contractu promissio de re justo pretio vendenda: cum enim necdum de pretio certo convenerit, deficit etiamnum emtionis substantia, magisque emtio inchoata aut præparata, quam perfecta est. Vide Berlichium *decis.* 142. Nec dubitem, quin is, qui ita justo pretio se emturum aut venditurum promisit, recedere impune ab ea conventione possit, dum alter cariore pretio vendendi, alter viliore emendi votum habet, atque ita inter eos post contentionem & disceptationem de justi pretii quantitate consensus in certum pretium tandem haud sequitur, arg. *pr. Instit. h. t.* junct. *l. si voluntate* 8. *in med. C. de rescind. vendit.* Si tamen ad hujusmodi pactionem de re vendenda sine ulteriori tractatu de pretio, alter rem tradiderit, alter certam numeraverit pecuniæ quantitatem, venditionis contractus intercessisse intelligitur, consensu non verbis sed rebus ipsis & factis in mercem ac pretium abunde declarato. Uti enim non minus *re*, quam *verbis* societatem coiri non placuit, *l. societatem* 4. *ff. pro socio*, ita ratio non est, cur non idem in emtione probetur. Fachineus *controv. lib* 2. *cap.* 5. Quod si quis promiserit, se *nulli alii*, *quam mihi* rem certam venditurum, nullo quidem modo ex illa conventione ad rem vendendam constringi potest, sive jus Romanum, sive mores hodiernos spectet; sed si deinceps eam alteri distraxerit, actio mihi competit ad id quod interest, pacto paritum non esse, si modo secundum jus civile pactum tale emtioni alteri anteriori vel alteri simili bonæ fidei negotio in continenti adjectum fuerit, *l. si sterilis* 21. *§. sed & si* 5. *ff. de act. emt.* hodie vero, etiamsi nudum fuerit, nulli alteri contractui appositum, cum tunc ex nudo pacto actio producatur. Plane, si post talem conventionem interpositam promissor rem vendere velit, suffecerit, quod ei, cui id promisit, denunciet suum vendendi propositum; qui si intra menses duos rem non emat, nullam in posterum actionem habet ob id, quod illa deinceps tertio distracta sit, *l. qui Romæ* 122. *§. coharedes* 3. *ff. de verb. obligat.* & argumento eorum, quæ de emphyteuta post duos menses, ex quo denunciationem domino directo jus protimeseos habenti fecit, emphyteusin extraneo distrahente traduntur in *l. ult. C. de jure emphyteut.* facit *l. quod si nolit.* 31. *§. si quid ita* 22. *ff. de ædilit. edicto.* Guido Pap. *decis.* 569. *n.* 2. 5. Tiraquellus *de retract. gentilit. §.* 1. *gloss.* 9. *n.* 114.

3. Ante omnia secundum generalem omnium contractuum naturam consensus ad emtionem requiritur, neque quisquam invitus ad emendum vel vendendum compelli potest, *l. invitum* 11. *C. h. t.* etiamsi forte res suas, tanquam venales, jam proscripsisset, & auctionis publicæ dixisset diem, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 27. 28. Nisi aliud suadeat favor sepulturæ, *l. si quis sepulchrum* 12. *pr. ff. de religionis*, aut libertatis, *§. ult. Instit. de donation. l. duobus* 30. *ff. de liberali causa*, aut publicæ utilitatis in casibus *l. si locus* 14. *§.* 1. *ff. quemadm. servit. amitt. l. venditor* 13. *§.* 1. *ff. commun. præd. tam urb. quam rustic. l.* 1. 2. & *tot. tit. C. ut nemini liceat in coëmtione specierum se excusare*, ibique Perezius, vel malitia domini re sua contra publicam utilitatem abutentis, *§. ult. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt*, vel individuæ rei fiat adjudicatio, *l. Julianus* 13. *§. idem Celsus* 17. *ff. de act. emti*, *l. communi* 7. *§. si debitor* 13. *ff. communi divid.* vel creditori aut fidejussori, qui pignus emit, oblatio fiat soluti per posteriores creditores aut debitorem, de quo latius *tit. qui pot. in pignore*, *l. fidejussor*, 2. *l. cum secundus* 5. *l.* 6. *ff. de distract. pignor.* Consensu determinato ad mercem & pretium interposito, nihil ultra ad emtionis perfectionem desideratur, adeoque neque verba, neque traditio, neque scriptura, *tit. Inst. de obl. ex cons.* nisi nominatim ab initio inter contracturos id actum fuerit, ut in scriptis venditio celebretur; quo casu non aliter perfectam esse venditionem placuit, quam si & instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus vero subscripta, &, si per tabelliones fiant, completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta: donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emtor vel venditor ab emtione sine pœna alia, quam amissione arrharum datarum, aut duplicata acceptarum restitutione secedere, *pr. Inst. h. t. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 57. 58. 57. & *seqq.* Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 19. *post med.* Ant. Faber. *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 23. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 97. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 278. (*vel* 286. *pag.* 517.)

4. Obest consensui metus & dolus, de quibus actum *lib.* 4. *tit.* 2. & 3. obest gravis, quæque hominem bruto similem ac rationis expertem reddit ebrietas. Quæ dum in tabernis & popinis præsertim dominatur, hinc Rhenolandiæ consuetudine obtinuit, ratas non esse venditiones ruri in tabernis potatoriis celebratas, nisi horarum viginti quatuor lapsu confirmatæ fuerint, data medio tempore utrimque pœnitendi licentia sub arrharum & symboli amissione: non enim a serio & deliberato contrahendi consilio, sed magis a nimia oris liberalitate, nimiove vini impetu atque calore profectæ creduntur istiusmodi conventiones, ut æquum non fuerit, protinus iis quemquam obstringi, nisi perseverantia mentis apparuisset, arg. *§.* 1. *Instit. de militari testamento*, *l. quicquid in calore.* 48. *ff. de reg. juris*, *l. perspiciendum* 11. *§. delinquitur* 2. *ff. de pœnis.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 7. 8. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *num.* 3. Quod & in Flandria jus esse, tradit Burgundus *ad consuet. Flandriæ in prologo num.* 5. & Kennemariæ oppidis, aliisque nonnullis Hollandiæ borealis locis, datum fuisse, docet Leeuwen *de loco.*

5. Obest & error, *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisdict. l. nihil consensui* 116. §. *ult. ff. de reg. juris*, qui quandoque emtionem nullam facit, quandoque non. Ipso jure nulla ob erroris interventum venditio est, si erratum sit in toto corpore, *l. in venditionibus* 9. *ff. h. t.* Vel in substantia, dum pro vino venditum est acetum quod nunquam vinum fuit, vel pro puero puella, *d. l.* 9. §. *inde quæritur* 2. *l. alioquin* 11. §. 1. *ff. h. t.* Vel in qualitate, quam res habet a jure, dum sacra, sancta, religiosa, & similia distracta sunt, §. *ult. Inst. h. t.* licet scienter emens talem rem ab ignorante teneatur ad pretium, arg. *l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. h. t.* & ignoranter emens a sciente petat actione ex emto id quod interest; sic ut hactenus emtio, quæ nulla est, intercessisse intelligatur, ac prosit ad agendum, *l. & liberali* 4. *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. h. t. d.* §. *ult. inst. h. t.* uti nullum est pignus alienæ rei, & tamen inde pignoratitia ad id quod interest a lege datur, *l. si rem* 9. *ff. de pignor. act.* Nulla insuper emtio est, si in pretio erratum sit, quoties nulla apparet summa concurrens, in quam emtor venditorque consentiat, *d. l.* 9. *ff. h. t.* alioquin, si tu vendas aureis quinque, ego aureis decem eam emtam putem, valitura esset venditio, non in decem, sed in quinque; quia venditori in quinque consentienti nulla fit injuria, & liberationi magis favendum, quam obligationi, ac in ambiguis id, quod minimum est, eligendum venit, arg. *l. si decem* 52. *ff. locati*, junct. *l. semper in obscuris* 9. *ff. de reg. juris.* Nullam denique facit venditionem error in tota materia, si forte æs pro auro distractum sit, *d. l.* 9. §. 2. *l. quid tamen* 14. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod Marcianus scribit, eum, qui vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, teneri, ut aurum, quod vendidit, præstet, *l. Labeo* 45. *in fine ff. h. t.* cum tamen aurichalcum quondam fuerit separata metalli species, nihil cum auro commune habens, ut docet Panciroilus *memorabilium lib.* 1. *de rebus deperditis c.* 8. Nam cum idem auctor, & ad eum Salmuthus in notis, probent, jam Plinii tempore metallum istud dudum desiisse reperiri, vix est, ut Marcianum de ejus venditione egisse credamus: quin potius de auro & ære simul mixto, ut vox *aurichalci* parte priore Latina, posteriore Græca, a Χαλκὸς, satis demonstrat, cujus generis aurichalcum, id est, æs auro mixtum, Marciani tempore procul dubio repertum fuit, non modo in ære Corinthico, de quo idem Pancirollus *d. lib.* 1. *cap.* 34. sed & alias frequenter, dum aurum æri semel mixtum nulla potuit tunc temporis arte separari, *l. idem Pomponius* 5. §. 1. *ff. de rei vindicat.* uti quidem argentum ab ære, *l. lacus* 12. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Quamvis & ex auro ac argento mixta species de cetero peculiare *electri* nomen sortita sit; ut pluribus videri potest apud Ravardum *lib.* 1. *varior. cap.* 19. ac notabile, quod aurichalcum & electrum auro opponuntur in *l.* 1. *si quis in* 4. *ff. de legatis* 1. quasi hæc utraque mixta species ex auro & ære vel auro & argento non debeat auri legati appellatione venire. Quibus consequens est, in *d. l.* 45. non in tota materia, sed tantum in parte ejus erratum fuisse, ac proinde venditionem non fuisse nullam, quia auri aliquid habuit aurichalcum, quod pro auro distractum erat, arg. *d. l.* 14. *ff. h. t.* Non etiam adversatur, quod pignus valeat, ubi æs pro auro obligatum fuit; qui tamen contractus æque, ac emtio, bonæ fidei negotiis accensitus est, ac consensum æque requirit, *l.* 1. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Considerandum enim, initio inspecto non subsistere æris pro auro pignori dati obligationem, idque ob defectum ordinati consensus; sed magis errore dolove dantis comperto convalescere, dum creditor ratum nihilominus habet æris pignus, satius ducens, æri saltem incumbere, quam nullam habere in re securitatem: eo fere modo, quo & emtio, cui dolus causam dedit, etsi ab initio nulla sit, rata tamen haberi potest per eum, qui dolo ad contrahendum inductus fuerat, si sibi eam non obstante dolo profuturam opinetur. Quod autem Paulus tradidit, sustinere stipulationem, qua quis id, quod aurum putabat, cum æs esset, stipulatus fuit, *l. si id quod* 22. *ff. de verbor. oblig.* ejus illa ratio est, quod stipulatio stricti juris sit, ac propterea qualiscunque sufficiat in corpus ipsum consensus ad validitatem ejus; atque insuper stipulanti, qui vicissim haud obligatur, præstet aliquid quam nihil recipere.

6. Ex contrario subsistit venditio, non obstante errore, si error tantum sit in qualitate rei venditæ accidentali; quæ tamen casu vel actioni quanti minoris, vel ex emto ad pretii diminutionem locus est; veluti si ancilla ut virgo distracta fuerit, cum jam mulier esset, *l. alioquin* 11. §. 2. *ff. h. t.* vel acetum pro vino, quoties vinum fuit sed acuit, *l. in venditionibus* 9. §. 2. *ff. h. t.* Idemque est, si in parte materiæ erratum sit, dum aurum forte divenditum, quod emtor optimum existimabat, cum esset deterius, *l. utiliter* 10. *ff. h. t.* vel secundum ante dicta æs aliamve materiam viliorem haberet admixtam, vel velut aureum distractum fuisset, quod tantum inauratum erat, *l. quid tamen* 14. *ff. h. t.* (adde tamen Grotium *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 6.). Cui non contradicit Julianus, cum ait, *nullam esse emtionem, si mensam argento coopertam mibi ignoranti pro solida vendidisti imprudens*, *l. cum ab eo* 41. §. *mensam* 1. *ff. h. t.* Non enim illic in parte materiæ, sed magis in tota materia erratum fuerat, cum mensa tantum argento cooperta esset, nulla sui parte argentea: quo modo etiam Papinianus distinxit inter *mensas argenteas*, & *argento inclusas*, *l. legata* 9. §. *supellectilis* 1. *ff. de supell. legata*. Nec his in casibus præstandum emtori amplius id quod interest seu damnum, quod ex eo contigit, si modo venditor justam habuerit errandi causam, *l. Labeo lib.* 45. *ff. h. t. l. Julianus* 13. *pr. ff. de act. emti*; nam si sciverit vel supina aut affectata in venditore ignorantia appareat, magis est, ut nihilominus ad id quod interest damnari debeat, *d. ll.* veluti si vitæ ejus & artis ac instituti sit, ut ignorare non debuerit istam rei a se venditæ qualitatem; quo de casu accipienda videtur *l. si sterilis* 21. §. *quamvis* 2. *ff. de act. emti.* Eo modo, quo & in locatione, ratione ejus quod interest inter locatorem, rei vitium scientem, & ignorantem, distinctio adhibetur, veluti in pascuis elocatis, in quibus herba mala nascebatur; & tamen tenetur ad id quod interest, qui dolia vitiosa ignorans locavit, si vinum effluxerit, non alia, ut opinor, de causa, quam quia doliorum locator, tanquam artifex, non debuerat istius vitii doliorum ignarus esse, *l. sed addes* 19. §. *si quis dolia* 1. *ff. locati.*

7. Si in quantitate erratum fuerit, valet quidem venditio, nec ullo in casu ipso jure nulla est; sed an

pretium pro rata quantitatis majoris minorisve, quam adesse credebatur, repertæ augendum vel minuendum sit, nec ne, distinctione terminandum est. Nam si, verbi gratia, fundus ad quantitatem distractus sit, augendum vel minuendum esset pro rata pretium, prout amplior angustiorve inventus fuerit agri modus, quam contractu expressus est, *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. *ff. h. t. l.* 2. *pr. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de act. emti, l. qui liberta.is* 69. §. *ulti. ff. de eviction.* Idemque est, si quantitas quidem, quæ designata est, inveniatur, sed non talis naturæ vel bonitatis, qualis expressa fuit; ut decem jugera in pratis, decem in vineis dicantur esse, & duodecim in pratis, octo tantum in vineis deprehendantur: minuendum namque tunc foret pretium pro bonitate, quæ abest, si modo non minima, sed notabiliter quædam qualitatis aut bonitatis portio desit, *d. l.* 4. §. 1. *l. si duorum* 42. *ff. de action. emti.* Quin imo, si Paulo fides, tenebatur olim venditor in duplum quantitatis ejus, in qua mentitus erat, Paulus *recept. sent. lib.* 2. *t.* 17. §. 4. videtur autem eo casu, quo ad quantitatem res vendita est, ita jus esse, ut, si quidem minor inveniatur mensura, quam expressa est, arbitrio venditoris permitti debeat, an pretium pro rata remittere aut refundere, an mensuram, quæ deest, supplere malit: sin major deprehendatur, emtoris electio sit, an pretium augere pro rata velit, an magis id, quod amplius est, venditori relinquere, ne alioquin invitus emere compellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. Neostadius *Curia Holl. decis.* 18. *in fine.* Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 2. *num.* 18. Quod si ex adverso non ad quantitatem, sed ad corpus res fuerit divendita, inventus major minorve rei modus nequaquam minuet augebitve pretium, nisi concurrat insuper dolus venditoris consulto mentientis, *l. Julianus* 13. §. *si Titius fundum* 14. *ff. de act. empti.* arg. *l. qui fundum tradiderat* 45. *ff. de eviction.* Ceterum non ad quantitatem, sed magis ad corpus facta intelligitur venditio, si nulla prorsus sit facta quantitatis mentio, veluti si quis simpliciter *fundum Cornelianum* vendat, vel *fundum Cornelianum qualis est*, vel *talem qualem ipse hactenus possedit*, vel *qualem colonus nunc habet, tenet, colit.* Vel si quantitatis quidem sit facta declaratio, sed adjecta protestatione, dum quis, verbi gratia, vendit *fundum centum jugerum aut quanto plus minusve continebit; seu ut tamen isti nolit adstringi quantitati.* Vel denique quantitatis quidem sit facta mentio, veluti, *vendito fundo centum jugerum*, sed simul etiam monstrati fuerint fines fundi, arg. *d. l.* 45. *ff. de eviction.* Ut tamen in casibus duobus posterioribus, si notabilis admodum sit diversitas quantitatis expressæ, & re ipsa inventæ, sic ut in finium monstratione videatur erratum pretium, adhuc pro rata augendum vel minuendum foret, aut emtor traditione quantitatis expressæ teneretur ex bono & æquo contentus esse. Groenewegen ad *d. l.* 45. *ff. de eviction.* & ad hunc forte casum reducenda ac restringenda, quæ occurrunt apud Hug. Grotium *manud. d. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. & Neostadium *Curiæ Holl. decis.* 18. *circa fin.* majoris scilicet minorisve modi inventi, quam dictus erat, rationem habendam, si jugeri unius quantitatem excedat: quandoque scriptum est apud Jac. Coren *observat.* 19. *lit.* g. & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap* 19. *n.* 19. ex locorum quorundam consuetudine suppleri minuive oportere pretium, si minor majorve quantitas inventa superet centum, vel quinquaginta decempedarum mensuram, *tot verschil ontrent de quantiteyt is meerdere bovenkant of bond vel boven bond of bas.* Contra, ad quantitatem facta censeri debet fundi distractio, quoties vel *decem jugera fundi Corneliani* venduntur, vel simpliciter *fundus Cornelianus*, sed pretio in *singula istius fundi jugera* constituto, Jacob Coren. *d. observ.* 19. *in fine, in nota subjuncta.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 263. Confer de errore in quantitate Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 3. & *seqq.* Jac. Coren *d. observ.* 19. Neostadium *d. decis.* 18. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 16. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 207. & 263. & *part.* 2. *consil.* 313. Groenewegen *ad Grotium d. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. & *ad d. l.* 45. *ff. de eviction.* Brunnemanum ad *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.*

8. Emere possunt quilibet non prohibiti, quisque pro se, nemo pro alio, nisi procurator sit, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de act. emti.* alioquin neque sibi, neque ei, pro quo sine mandato emit, actionem acquirit; sed dominus fiet is, cui ex his duobus rem venditor tradiderit, *l. multum interest* 6. *in fine C. si quis alteri vel sibi.* Quamvis insertum venditionis instrumento nomen alienum non impediat, quo minus actionem habeat, cui se non alieno, sed suo nomine, emisse probat, *l. mancipla* 3. 4. 5. 6. *C. si quis alter. vel sibi sub alterius nomine.* Si quis pro se & Titii mandato fundum emerit, nihil Titio, sed ubi totum fundum acquirit, *l. fundum ille* 64. *ff. h. t.* Sed &, si quis rem emat pro eo, quem postea nominaturus est, quasi alter in præsenti nolit tanquam emtor innotescere, aut nomen suum instrumento inscribi non patiatur, juxta *l. pupillus* 5. §. *sane ff. de auctor. tut.* quod & moribus frequens est; ipse, qui emit, obligatur ut emtor, nec liberatur nominatione facta, nisi venditor sponte sua velit nominatum ut emtorem agnoscere, eoque contentus esse; neque enim venditor credendus est alterius incerti & ignoti, sæpe etiam minus idonei, fidem secutus esse, sed potius istius hominis certi, quocum contraxit, cujusque novit vel saltem novisse debuit conditionem, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, ac fieri facile posset, ut qui nominaturo vendidit, nominato non fuisset venditurus, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 54. *defin.* 1. & *t.* 42. *defin.* 28. *in fine*, Joh. Papon *lib.* 18. *t.* 6. *arrest.* 13. Estque nominatio hæc vel electio, pro quo emtum dicitur, intra certum tempus statutis aut usu probatum facienda, ne alias nova magis venditio videatur. Quadraginta dies habet Ant. Faber *d. lib.* 4. *t.* 34. 1.2. in Hollandia propter quadragesimam pretii fisco pendendam ex edictis Ordinum anterioribus sex septimanarum spatium erat; at ex edicto anni 1623. solummodo triduum; quippe quo elapso, velut ex repetita venditione rursus quadragesima alia fisco inferenda foret, vol. 1. *placit. pag.* 1595. *art.* 9. idque plenius stabilitum edicto de vigesima & quadragesima 25. *Julii* 1664. *art.* 9. *vol.* 2. *placit. pag.* 3171.

9. Tutorem quod attinet, is palam in actione publica emere potest rem pupilli, *l. cum ipse* 5. *C. h. t.* uti & a contutore, si bona fide geratur negotium, *l. pupillus obligari* 5. §. *item ipse* 2. *ff. de auctorit. tut.*

non vero clam, nec per interpositam personam, nec mala fide; quibus tamen in casibus, si suæ ætatis factus pupillus comprobaverit emtionem, contractus valeret, *d. l.* 5. §. 2. 3. 4. *ff. de auctor. tut.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 1. Groenevvegen ad *d. l.* 5. *C. h. t.* Neque obstat *l. tutor rerum* 56. *ff. de administr. & peric. tutor.* Eo enim ipso, quo tutor rerum pupilli venditionem bona fide fecerat, &, emtoribus pretium non solventibus, res apud se retinuerat, pretiumque pupilli rationibus accepto tulerat, eas non a pupillo, sed ab ipsis emtoribus in pretii solutionem deficientibus emisse videtur. Quæ vero de tutoribus cauta, ea quoque in curatoribus, procuratoribus, testamentorum executoribus aliisque similibus, qui aliena gerunt negotia, probanda sunt, *l. si in emtione* 34. §. *ult. ff. h. t.* Et quamvis œconomis jure Romano in universum interdicta videatur emtio rerum ad istam Ecclesiam pertinentium, *auth. quibuscunque C. de sacrosanct. Eccl.* moribus tamen nostris idem, quod in tutoribus, servari monet Groenevvegen ad *d. l.* 5. *C. h. t. in fine.*

10. Militibus prædia comparare in ea provincia, in qua militant, exceptis paternis a fisco distractis, interdictum fuit, *l. milites prohibentur* 9. *ff. de re militari.* Magistratibus quoque & eorum domesticis ac ministris per se vel interpositam personam, sive palam sive clam, in ea provincia, cui præsunt, emere permissum non est; eo quod emtio per hos facta, non tam a libera provincialium voluntate profecta, quam metu potentiæ & auctoritatis extorta crederetur, & magis ereptio, quam emptio esse; constituta in eos, qui contra fecerint, pœna quadrupli & amissionis rei emtæ, si ex officio emerint, id est, si emerint, dum ipsi suo fungentes officio eam vendiderunt aut vendi jusserunt, atque ita ipsi emtores simul ac venditores essent, *l. non licet* 46. *ff. h. t.* Et quamvis in urbanis magistratibus ac administratoribus ita jus fuerit, ut impetrato speciali rescripto Principis ad rerum emtionem accedere potuerint, *l. un. pr. C. de contractibus judicum*, in provincialibus tamen contra statutum, non valere factam per eos emtionem, etsi Princeps permisisset, *d. l. unic.* §. 2. & 3. Qua lege eatenus mutatum fuit, quod generalius de consensu Principis Marcianus adnotaverat in *d. l.* 46. *in fine ff. h. t.* Quod si magistratus aliique similes extra officii limites quid comparassent ibi, ubi officium gerunt aut administrationem, in pœnam ejus privantur pretio, quod fisco cedit, re venditori restituta, *l. aufertur* 46. §. *quod a præside* 2. *ff. de jure fisci.* Nisi venditor a præside apertum metum passus fuisset & impressionem; tunc enim pretium non fisco cedere debebat, sed ipsi venditori metum passo, *l. pen. C. de his, quæ vi metusve causa*, idque jure singulari, cum alioquin in actione quod metus causa is, qui rem recuperat, vicissim pretio carere debeat. Cujacius *lib.* 16. *obs.* 13. Excipiuntur tamen & hic prædia paterna, uti & res ad victum & amictum pertinentes, ad quarum emptionem placuit magistratus mitti posse, *d. l. unic. C. de contract. judicum, l. qui officii* 62. *pr. ff. h. t. l. solent* 6. §. *ult. ff. de offic. procons. & legati*, arg. *d. l.* 9. *ff. de re militari.* Confer Revardum *lib.* 2. *varior. cap.* 20. Jacobum Gothofredum *ad l.* 5. *C. Theodos. de iis, quæ administrantibus distracta sunt.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 2. & *seqq.* ubi ulterius ex usu hodierno exponit, an judex, qui venditionem publicam decrevit, an graphiarius, an apparitor distrahens, an præco aliique auctioni publicæ ministrantes, ad licitationem accedere possint, & licitando vincere.

11. Nullus quoque emere potest domum eum in finem, ut destruat, constituta dupli fisco inferendi pœna; ita tamen, ut venditor emtori, duplum fisco solventi, reddere teneatur pretium acceptum, *l. senatus censuit* 52. *ff. h. t.* quo fit, ut effectu inspecto emtor & venditor simplo singuli mulctentur, *l. ult. ff. de damno infecto.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 52. Vetitum quoque moribus hodiernis, ne monasteria vel Ecclesiæ emant, aliove titulo acquirant immobilia, sive allodialia, sive feudalia, *Edict. Caroli V.* 19. *Octob.* 1520. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 593. Nobiles atque potentiores quod attinet, emere quidem potuerunt usus sui gratia, quin & mercaturam liberaliorem exercere sine dignitatis læsione, cum id nusquam iis interdictum sit; sed minutim merces vendere non potuerunt, seu *ultimi negotiatores* esse, ut habet *l. ne quis* 6. *C. de dignitat.* quippe quo inter plebejos ementes ac mercatores minutim vendentes difficilius redderetur emendi vendendique commercium, dum per potentiores illos plebeji opprimerentur; adeoque ad istud minutim negotiandi genus restringenda dispositio *legis* 3. *C. de commerciis & mercatoribus*, arg. *d. l.* 6. *C. de dignitat. l. si cohortalis* 12. *C. de cohortalibus principibus.* Adde Groenewegen *ad d. l.* 3. Sciendum denique nonnunquam propter publicam utilitatem interdictum esse negotiationi; qua ratione prohibitum ab Hollandiæ Ordinibus, ne quis navigio, aut vehiculo, vel alio modo, per urbes ac pagos vagetur, & domatim merces venales offerat; quia id genus mercaturæ non modo probatis obest mercatorum collegiis, sed & fraudationi vectigalium occasionem præbet, ac vulgo *Ventjagerye* appellatur, *Placit. Ordin. Holl.* 16. *Martii* 1679. *vol.* 3. *placit. pag.* 803. & 30. *Martii* 1679. & 6. *Aprilis* 1680. *d. vol.* 3. *pag.* 802. Sed & infrequens non fuit etiam per sententiam judicis interdici negotiationi per modum pœnæ, *l. moris est* 9. *sunt autem* 9. & 10. *ff. de pœnis, l.* 1. §. *pen. ff. de offic. præfecti urbi*, uti ex opposito damnatio quoque ad id aliquando facta fuit, ut quis cogeretur negotiari, *d. l.* 9. §. *interdici* 10. *ff. de pœnis.*

12. Quisquis autem per se emere prohibetur, etiam per interpositam personam emtionis effectum obtinere nequit, quippe quo ipso fraus legi prohibenti sit, *l. unic. Cod. de contract. judicum, l. non licet* 46. *ff. h. t. l. pupillus obligari* 5. §. *sed si* 3. *ff. de auctor. tut.* Gothofredus *in notis ad l.* 46. *ff. h. tit.* Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 15.

13. Circa res generalem regulam tradit Jurisconsultus in *l. si emtionem* 34. §. 1. *ff. h. t.* omnium scilicet rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditionem recte fieri; quas vero natura, vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum venditionem nullam esse. Nec interest, utrum illæ res, quæ commerciis hominum exemtæ non sunt, præsentes, an futuræ sint, veluti annui reditus, sive in numerata pecunia, (quæ tunc ut corpus seu merx consideratur) sive in fructibus annuatim præstandis consistant, *novell.* 160. *cap.* 1. *novell.* 72. *c. si vero habeat* 7. *in med.* Adhæc fructus nascituri, frumenta quæ adhuc in herbis sunt; *l. nec*

emtio 8. *l. fistulas* 76. *§. ult. ff. h. t.* idque vel simpliciter, vel etiam pacto addito, venditorem præstiturum, *si quid vi aut tempestate factum esset*; quali conventione tantum insolitæ & immoderatæ tempestates comprehensæ videntur, non illæ, quæ *secundum consuetudinem tempestatis*, id est, secundum tempus anni, quo contingunt, oriri ac nocere solent; *d. l. fistulas* 78. *§. ult. ff. h. t.* junct. *l. ex conducto* 15. *§. si vis* 2. *l. si merces* 25. *§. vis major.* 6. *ff. locati.* Et quamvis in Frisia frumenti in viridi stantis venditio interdicta sit, teste Sande *decis. Frisic.* 5. *tit.* 4. *defin.* 7. ac varia olim eam in rem prohibitoria edicta ab Hollandiæ Comitibus promulgata fuerint, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 61. illa tamen usu dein abolita fuisse, atque adeo jus Romanum servari hac in parte tum in Hollandia, tum Ultrajecti, docet Groenewegen ad *d. l.* 78. *§. ult. ff. h. t.* Parens. p. mem. Paulus Voet. *ad pr. Instit. de contrah. emt. nu.* 7. Quod si simpliciter venditis anni sequentis fructibus nati fuerint, nec emtio substituta est: contra, si incertum fructuum nasciturorum, atque adeo spes emta esset; nam & spem, aleam, jactum retis emi posse placuit, ut spes fungatur vice rei, *l. nec emtio* 8. *§.* 1. *ff. h. t. l. si jactum* 12. *ff. de act. emti*, arg. *l. nam hoc modo* 11. *ff. de hæred. vel act. vendita.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 26. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 37. *defin.* 25. Ad qualem spei emtionem etiam merito retuleris redemtionem metalli fodinarum, dum Princeps jus metallorum ex fodinis educendorum pretio interveniente concessit, sive multum supra expectationem, sive præter expectationem parum aut nihil educatur, Ant. Matthæus *de auct. lib.* 2. *c.* 4. *n.* 9. 10. 11.

14. Parum insuper refert, propriæ res sint an alienæ, *l. rem alienam* 28. *ff. h. t.* arg. *l. si eis, qui pro* 13. *§. ult. ff. de usucap.* in quantum venditor obligatur ad rem illam aliunde redimendam ac præstandam, ni malit in id quod interest damnari, si sciens vendiderit alienam, *l. servus* 30. *§. si sciens* 1. *ff. de act. emti.* Nam si bona fide sit, nihil præter vacuam possessionem præstare tenetur; nec ad id quod interest aliter obstrictus est, quam si res evicta fuerit, *l.* 1. *ff. de rerum permutatione.* Quod autem alibi dicitur satis illicita rei alienæ venditio, *l.* 1. *C. de commun. rerum alienat.*, & non jure facta, *l. mater tua* 3. *C. de rei vindic.* id ad venditionem non consensu perfectam, sed traditione consummatam spectat, dum nullo jure venditor rem alienam a se distractam sciens emtori tradit, antequam dominium rei nactus esset, ut ex ipsis legibus abunde patet. Unde & liberum est vero domino rem vindicare, quamdiu illa necdum per usucapionem emtori jure dominii quæsita est, *d. l.* 28. *ff. h. t. d. l.* 1. *mod. commun. rer. alien.* Si res communes sint, dominorum quisque non ultra suam divendit partem aut tradendo in emtorem transfert, *d. l.* 1. *l.* 2. *C. de commun. rer. alien. l. nemo* 63. *ff. pro socio*, excepto fisco, qui ex privilegio rem sibi cum alio communem in solidum divendere datum est, quo magis quoque facilius res fiscales emtorem inveniant; ut tamen pretium pro rata partis, ad socium fisci pertinentis, ei refundendum sit, *l. multum interest.* 2. *C. de commun. rer. alienat.* Peregrinus *de jure fisci. lib.* 6. *t.* 4. *num.* 23. Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1 *pag.* 21. Adde *tit. communi divid. num.* 7.

15. Non tamen subsistit venditio hominis liberi aut rerum sanctarum, religiosarum, sacrarum, ne sub conditionem quidem, *l. sed Celsus* 6. *pr. l. hanc legem* 22. *& seqq. l. si in emtione* 35. *§. liberum.* 2. *ff. h. t.* exceptis paucis casibus, recensitis *t. de rerum divis. num.* 6. extra quos si quis sciens aut ignorans res tales emerit, quid juris sit, jam supra monitum *num.* 5. Et, quod attinet venditionem præbendarum ac canonicatuum quibusdam in locis receptam, eam statim quidem ratam esse obtinuit, si ab eo, qui sanus est, resignatio facta sit; at, si ab infirmo ac ægrotante, non aliter, quam si resignans totis viginti diebus de momento in momentum a solemni resignatione computandis supervixerit, de quo latius Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 18. (*) Sed & ipso jure nulla est venditio rerum, per testatorem fideicommisso gravatarum, vel per legem alienari prohibitarum, quo in numero sunt res immobiles inæstimatæ dotales, adeo ut alienatas vindicare possit tum heres fideicommissarius, tum uxor aliique, ad quos soluto matrimonio dos reverti debet, *l. ult. §. sed quia* 2. 3. *C. communia de legatis*, *pr. Instit. quibus alien. licet vel non.* Secus, si ex solo pacto contractui adjecto descendat prohibitio alienationis; quippe quo casu subsistit ac rata manet venditio contra pactum facta, ac tantum venditori, qui contra pactus erat, personalis actio seu condictio datur ad id quod interest, *l. ea lege* 3. *C. de condict. ob causam dator. l. si ita quis* 135. *§. ea lege* 3. *ff. de verbor. obl.* arg. *l. pen. ff. de pactis.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 538. *revera* 238. *pag.* 692. *& seq.* nisi secundum mores hodiernos pactum de non alienandis rebus immobilibus solemni earum traditioni factæ coram lege loci, appositum fuerit. Groenewegen ad *d. l.* 3. *C. de condict. ob causam datorum.* Lex enim prohibens, nec non voluntas testatoris, quæ pro lege servatur, rem ipsam sua afficiunt prohibitione, quæ proterea rem alienatam comitatur, & vindicationi locum facit; at pacto persona sola obligatur, res ipsa affecta non est. Scilicet, uti pacto citra traditionem non transfertur rei dominium, *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, ita nec pacto effici debuit, ut res pacto alienari prohibita ipso jure citra traditionem reverteretur ad venditorem, postquam contra convenditionem alienata est. At e contrario, ut ex testamento rei dominium ipso jure sine traditione aut apprehensione transit in eum, cui illa relicta est, *l. a Titio* 64. *in fine ff. de*

(*) *Nescio quid heic Auctor de praebendarum et canonicatuum venditione obgannuit; heu! ne vulnera impressa a praetensis Reformatoribus Ultrajecti refricemus. Canonicatus ac praebendas olim ad Capitula Catholicorum pertinentes divulserunt, ultro licitantibus obtruserunt, et in commercium ut venalia cetera rejecerunt, ut vero sibi jus vendendi veluti vitilatios census retinerent, cautum voluere, ut sanus qui vellet, vendere potis esset, aegrotus vero nonnisi viginti post alienationem diebus supervixerit, ita sacrilega nundinatio perseverat.*

furtis, l. cum hæredes 23. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* ita quoque facta prohibitio alienationis per ultimam voluntatem efficere potuit, ut eodem modo citra traditionem ipso jure dominium, contra prohibitionem alienatum, ad eos rediret, quorum in gratiam prohibitio facta fuit.

16. Circa rerum furtivarum venditionem accurata Pauli distinctio est; si enim & emtor & venditor sciat furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emtor solus sciat, non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit præstet. Quod si venditor scit, emtor ignorat, utrimque obligatio contrahitur, scilicet ad id, ut venditor accepto pretio rem furtivam tradat liberatam a vitio furti, aut alioquin id quod interest præstet, exemplo ejus, qui rem alienam sciens distraxit, *l. si in emtione* 34. *§. item si* 3. *ff. h. t.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 17. *numer.* 5. Rebus autem furtivis merito adnumeraveris frumentum publici canonis vel exercitui missum, si quis illud distrahat, adeo ut etiam capitale supplicium adversus ementes viliores propositum fuerit, *l. pen. & ult. C. quæ res venire non possunt*, pecora quoque, exemplo pessimo rusticis amicis ac sociis per milites erepta, quorum & ideo superiori seculo emtio interdicta fuit sub comminatione pœnæ arbitrariæ, ac restitutionis ejus quod emtum sine pretii redditione. *Edicto Philippi Hisp. Regis Holl. Comitis* 28. *Julii* 1575. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2115. *in fine.* Uti & ferramenta ac tigna soluta ædium rurí per prædones aut hostes dejectarum, constituta in ementes dupli pœna & alia arbitraria. *Edicto Philippi* 18. *Octob.* 1574. *d. vol.* 2. *pag.* 2119. quæ & Belli Gallici anno 1672. inchoati occasione pluribus exsequitur Abrah. Wesel de *remissione mercedis cap.* 11. *numer.* 25. *& mult. seqq.*

17. Insuper purpuræ commercium privatis interdictum fuit; licet nunc seculi luxus aurea; purpureaque adulterini coloris, dum verus periit, quibusvis venalia, & in usus privatos, permittat. Vide *l.* 1. 2. *C. quæ res venire non possunt, tot. tit. C. de vestibus holoberis & auratis, & de intinctione sacri muricis,* Pancirollum *rerum memorabil. lib.* 1. *de rebus deperditis t.* 1. 2. *ibique* Salmuthum *in notis*, Cujacium *lib.* 12. *observ.* 24. Sim. van Leeuwen *cent. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 19. *num.* 25. *vers. quadam.* Nec Judæus, hæreticus, aut paganus, mancipium Christianum comparare potuit, *tot. t. C. ne mancipium Christ. Judæus vel hæret. vel pagan. habent, possident &c.* Prædia quoque Principis patrimonialia in commercio non sunt, nec vendi privatis possunt, nisi jussus Principis accesserit, *l. cum servus* 59. *§. ult. ff. de legatis* 1. Edictum Ordinum Hollan. 15. *Sept.* 1620. *vol.* 3. *placitor. Holl. pag.* 734.

18. Adhæc Romanæ gentis eunuchos vendi Romanis displicuit, *l.* 2. *C. de eunuchis.* Idemque in venenis malis obtinuit, quoties nullo modo adjectione alterius materiæ usui nobis esse possunt, *l. quod sæpe* 35. *§. veneni* 2. *ff. h. t.* nec non in libris improbatæ lectionis, arg. *l. decere* 3. *§. quoniam* 3. *C. de summa Trinitate, l. quicunque* 8. *§. ult. l. ex Manichæis* 16. *§. ult. Cod. de hæret.* Sed nec cos, arma, oleum, vinumve barbaris vendi possunt, *l.* 1. 2. *Cod. quæ res exportari non debeant, Placitum Ordin. General.* 12. *Octob.* 1524. *vol.* 1 *placit. Hollan. pag.* 1116. nec hostibus ferrum, frumentum, sales, cos, aliaque similia, *l. cotem.* 11. *ff. de publicanis*, Brissonius *select. antiq. lib.* 4. *cap.* 4. in quam rem plura extant Ordinum Generalium, *vol.* 1. *Placit. Holl. a pagina* 1076. *ad pag.* 1130. *& vol.* 3. *pag.* 252. *ad pag.* 262. Quin imo, hostibus omne rerum omnium denegari commercium a ratione alienum non est. Uti enim is, cui renunciatum est societati, non amplius socio tenetur ad ea quæ jure societatis præstanda forent, *l. actione* 65. *§. item qui* 6. *ff. pro socio*, ita quoque, dum hostes bellum inferendo renuncient humanæ societati, merito iis ea negantur omnia, quæ alioquin jure societatis humanæ ac mutuorum officiorum viderentur permittenda, inter quæ præcipuum est jus commerciorum; adeo ut Princeps non suis modo subjectis interdicere queat, ne quid hostibus suppeditetur, sed & amplius neutri bellantium parti studentes impedire, ne vel arma vel ullum aliud mercis genus ad hostem devehant, aut inde vehant; quippe ea ratione juvantes hostem, instruendo necessariis, superfluis acceptis utiliora præstando, & generaliter commerciis ob lucrum & commodum institutis augendo ac promovendo eorum utilitates, quos opprimere uti jure belli possumus, ita ab aliis juvari merito impedimus. Licet enim durum videri possit, neutri parti studentes excludi ab omni commercio cum hoste nostro, cujus ipsi hostes non sunt; durius tamen & nullo præscriptum jure, aliquem pati debere, ut hostes instructiores reddantur & ad bellum diutius trahendum nocendumque potentiores; maxime, cum eatenus, quatenus hostem juvant, dici nequeant neutri parti addicti esse, sed magis hostium loco habendi sint. Confer *decretum Ordinum Generalium* 26. *Junii* 1630. *quod impressum post. Resp. Jurisc. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *in appendice decisionum pag.* 54. *& seqq.* Nisi aliud pactis publicis cautum inveniatur, pro varia populorum utilitate & temporum ratione. Qua de re videri possunt variæ conventiones inter Hispanos & Belgas fœderatos 17. *Decembr.* 1650. *art.* 4. 5. 6. 7. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 109. 110. 111. inter Suecos & Belgas 13. *Martii* 1676. *vol.* 3. *pag.* 557. 558. & 12. *Octobris* 1679. *art.* 14. *& seqq. vol.* 3. *pag.* 1598. *& seqq.* inter Gallos, Belgas, & urbes Anseaticas *anno* 1655. *&* 1657. *vol.* 2. *pag.* 551. *& seqq.* inter Anglos & Belgas 1. *Decembr.* 1674. *art.* 2. *& seqq. vol.* 3. *pag.* 55. inter Gallos & Belgas 27. *Aprilis* 1662. *art.* 27. 28. 29. *& seqq. vol.* 2. *pag.* 2913. 10. *Augusti* 1678. *art.* 15. *& seqq. d. vol.* 3. *pag.* 371. Confer Grotium *de jure belli ac pacis libr.* 3. *cap.* 1. *num.* 5. Marquardum *de mercatura lib.* 1. *cap.* 26. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 121. Ant. Matthæum *de criminibus lib.* 48. *tit.* 2. *cap.* 2. *n.* 19. Groenewegen ad *l.* 2. *Cod. quæ res exportari non debeant.* Quibus positis inter plures populos pactionibus, si quæ illicitæ vehantur merces cum aliis licitis, solam illicitarum (*waren van contrabaade*) publicationem aut interceptionem fieri placuit, licitis & ipsa navi suo domino reddendis; licet jure Romano, ipsa quoque navis publicanda fuerit, nisi absente domino a magistro, vel gubernatore, aut proreta, nautave, merces illicitæ fuissent impositæ, *l. cotem* 11. *§. dominus* 2. *ff. de publicanis*, *Separatem Articbel nopende de Commertie tusschen Spangien en de Vereenigde Nederlanden den* 4. *Febr.*

1648. *vol.* 1. *Placitorum pag.* 107. *Tractat de Marine tusschen Urankryk en de Anzesteden* 1655. *art.* 2. *in fine vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 555. item *tusschen Engeland en de Vereenigde Nederlanden* 1674. *art.* 7. *vol.* 3. *pag.* 354. item, *tusschen Sweden en de Nederlanden* 1675. *art.* 7. *d. vol.* 2. *pag.* 358. item *tusschen Urankryk en de Vereenigde Nederlanden* 1978. *art.* 21. *d. vol.* 3. *p.* 472.

19. Rebus ad hostes non exportandis accedunt proxime res extra belli considerationem etiam pacis tempore exportari prohibitæ, de quibus pro temporum opportunitate plura extant Ordinum Belgii placita, subinde etiam mutatis postea temporibus pro publica aut privata civium utilitate sublata. Quamvis enim insignis plerumque commercii liberi utilitas sit, dum Gentium atque nationum velut commune quoddam vinculum est, atque ita eas sociat, ut, quod gentium uspiam, id apud omnes natum videatur; & remotissimis quibusque e locis advectum ita populo cuique repræsentetur, quasi ea ipsa in regione productum esset; jure tamen meritoque nonnunquam vetatur, aut restringitur personis modis, temporibus, importandi potestas & commerciorum usus, quoties id Reipublicæ expedire videtur & ex adverso libertas nimia deprehenditur damnosa esse. Neque enim dubium, quin magistratui cuique jus sit, omnes suorum civium actum regendi suis in territoriis ad suæ civitatis civiumque utilitatem, licet per consequentiam extranei læderentur, si modo nullum iis adimatur quæsitum jus. Exportari sane optima ratione vetantur ea, quæ civibus necessaria, & ex quorum exportatione justus immineret pecuniariæ metus. Contra, importari recte prohibentur merces illæ, quibus vel opificia nostra, & artificium industria minuitur, dum abundans eorum alias vacaturorum copia est, vel opes nostræ, ac maxime parata pecunia, nimis in exterarum gentium sinum derivatur; vel cives ad luxum magis quam virtutem & avitam invitantur frugalitatem; vel denique emtores turpiter decipiuntur, dum spuriæ, aut deterioris notæ merces invectæ miscentur aliis genuinis probis, ac pari cum hisce pretio ignorantibus distrahuntur. Quibus fere fundamentis nisi Ordinum nostrorum placita, importandi prohibitionem continentia, facile quisque ex eorum tenore cognoscet. Confer Puffendorfium *de jure naturæ & gentium lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 11. 12. Mævium *ad jus Lubecense lib.* 3. *t.* 6. *art.* 7. & mea *ad t. de justit. & jure numer.* 18.

20. Considerandum tamen, leges illas, quibus restringitur libertas commerciorum, & importandi exportandive jus, strictam recipere interpretationem, ne extendatur ultra res eas, quarum mentio lege prohibente comprehensa est. Qua ratione, si vetita fuerit frumenti exportatio, licet farinæ etiam ac spicarum & panis exportatio interdicta credatur, ne fraus legi fiat, arg. *l. adeo* 7. §. *cum quis* 7. *in fine ff. de acquir. rer. domin.* Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 585. *numer.* 11. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 4. non tamen leguminum, veluti fabarum, seminis lini, similiumque; arg. *l. frugem* 77. *ff. de verb. signif.* multoque minus liquorum, veluti vini, olei &c. & viceversa. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 9. Marquardus *de mercatura lib.* 1. *cap.* 16. *numer.* 53. Quin & sub vino acetum non contineri, si vinum ab initio non fuerit, verius est, arg. *l. in venditionibus* 9. §. *ult. ff. h. t. l. si quis vinum* 9. §. 1. 2. *ff. de tritico, vino vel oleo legato.* Nec sub lana linum aut pilos comprehendi, colligi potest ex *l. si cui lana* 70. §. *linum* 10. *ff. de legatis* 3. & docet Ant. Matthæus *de auction. d. lib.* 2 *cap.* 4. *numer.* 4. Ac denique prohibitio exportationis non videtur porrigenda ad res illas, quas quis non promercii, sed tantum proprii usus gratia exportat, arg. *l. universi* 5. *C. de vectig. & commissis*, Christinæus ad *Leg. Mechlin. in præludiis num.* 22. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 7. *cap.* 3. *numer.* 5.

21. Sine re autem, quæ veneat, nulla emtio, nulla venditio est, *l. nec emtio* 8. *ff. h. t.* Unde si res vendita perierit in universum ante contractum, ignaris contrahentibus, nihil utrumque actum intelligitur: sed si pro parte, si quidem minore, subsistit contractus, pretio pro rata diminuendo; sin pro majore, adeo ut minor tantum pars ex re vendita supersit, emtioni stare emtor non tenetur, *l. domum emi* 57. *pr. ff. h. t.* Idemque est, si id, propter quod quis ad rem emendam processit, in ea absumtum sit: veluti, si quis fundum emerit ob villam impositam aut arbores in eo plantatas, ac ante contractum, ignaro utroque, villa exusta fuerit, aut arbores vento dejectæ vel igne absumtæ, *l. arboribus* 58. *ff. h. t.* sive privatim, sive auctione publica solemniter distractio facta sit, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 8. *numer.* 23. Quod si emtor sciverit rem interiisse, venditori id ignoranti totum tenetur pretium persolvere, sive in pœnam doli, sive quod lex eo casu concipiat donandi præsumtionem, *d. l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. h. t.* junct. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.* Uti ex adverso venditor sciens interitum rei emtori ignoranti ad id quod interest obligatus efficitur, *d. l.* 57. §. *sin autem* 1. *ff. h. t.* junct. *l. & liberi* 4. *l.* 5. *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. h. t.*

22. Pretium, quo scilicet res æstimatur, quodque ad emtionem est necessarium, *l. inter patrem* 2. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *ff. h. t.* primo quidem debet esse justum, ac merci respondens, etiamsi naturaliter liceat contrahentibus in pretio sese per quandam solertiam modice circumvenire, *l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, junct. *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Debet & consistere in pecunia numerata, de qua *l.* 1. *ff. h. t.* non item in aliis rebus, §. 2. *instit. h. t.* arg. *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus.* Licet de eo dissensus fuerit inter Jurisconsultos veteres, *d.* §. 2. cujus & vestigium est in *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. h. t.* ubi fructus olivæ certa olei ponderatione venditus proponitur; quis illic *venditionem* interpretari malit per *locationem*, dum emtionis vocabulum latius acceptum & locationem conductionem comprehendit, ut in *pr. hujus tituli* monitum. Emtio certe non erit, sed magis donatio, si pretium dicis tantum causa, & animo non exigendi, constituatur, *l. cum in venditione* 36. *l. si quis donationis* 38. *ff. h. t.* junct. *l. ult. ff. pro donato*, *l. si sponsus* 5. §. *circa* 5. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Secus, si ab initio pecunia quidem intercessit, sed postea consentienti venditori pecora, vel quid aliud in solutum datum sit; emtio enim manet, cum initium contractus spectandum sit, *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend.*

Jacobus Coren *observ.* 35. *circa med. numer.* 1. 2. 3. *& seqq.* Idemque est, si ab initio quidem pretii exigendi animus fuerit, sed postea illud emtori nova remittatur voluntate, arg. *l. si tibi habitationem* 5. *ff. locati*, *d. l. si sponsus* 5. §. *circa venditionem* 5. *ff. de donation. inter vir. & uxorem.* Si partim pecunia, partim res alia pro re detur, inspiciendum, quæ fuerit contrahentium mens, emendine, an permutandi, arg. *l. juris gentium* 7. §. *quod fere* 12. *ff. de pactis*, de qua si haud constet, a potiori facienda denominatio; ut, si plus sit in pecunia, minus in aliarum rerum datarum pretio, censeri debeat contracta venditio; contra vero, si plus sit in re data, quam pecunia, arg. *l.* 1. *C. de rerum permutat. l. tenetur* 6. §. *si vendidi* 1. *ff. de act. emti*, *l. fundi partem* 79. *ff. h. t.* Confer Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 59. 60. 61. 62.

23. Insuper certum esse pretium in emtione, necesse est; usque adeo, ut ne agi quidem possit ex instrumento emtionis, in quo certa pretii quantitas non continetur; cum ita de contractus substantia non satis doceatur; nisi pretium solutum esse instrumento declaretur; vel adversarius hanc instrumento non opponat exceptionem; vel instrumentum antiquum sit. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 13. Hoesius *ad Pand. h. t. n.* 36. Quid, quod nec testes emtionem satis plene probant, nisi simul de conventione super pretio ac certa ejus quantitate deponant. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 13. *n.* 8. Fachineus *lib.* 2. *controvers. cap.* 34. Pinellus *ad rubric. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 7. Mantica *de tacitis & ambiguis convent. lib.* 4. *t.* 19. *n.* 60. 61. Perezius *ad Cod. h. t. n. ult.* Certum autem est pretium vel per se, vel per relationem ad aliud, veluti, *quanti res emta fuit*, aut *quantum in arca est*; si modo pretium aliquod in arca reperiatur, cum alioquin deficiat substantia venditionis, *l. hæc venditio* 7. §. *hujusmodi* 1. *l. si quis fundum* 37. *ff. h. t.* junct. *l. inter patrem* 2. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *ff. h. t.* vel denique per arbitrium tertii: pretium enim in tertii certi arbitrium conferri posse, receptum est; adeo ut inutilis futura sit emtio tanquam ab arbitrii conditione dependens, si tertius ille noluerit vel non potuerit arbitrari, *l. ult. C. h. t.* §. 1. *Instit. h. l. l. si merces* 25. *ff. locati.* In tertii plane incerti voluntatem conferri pretii determinationem, merito displicuit; cum in eligendo certo possent in perpetuum dissentire, *d. ll.* nisi contractus alius validus, veluti pignoris, præcesserit, *l. si fundus* 16. §. *ult. ff. de pign. & hypoth.* Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium, id ipsum bonæ fidei judicio, id est, judicis officio secundum naturam negotiorum bonæ fidei ex bono & æquo corrigendum est, *l. un. de si Nervæ* 79. *ff. pro socio.* Manifesta autem videtur apparere arbitri iniquitas, si pretii determinatio ex parte venditoris aut emtoris læsionem ultra dimidium contineat; saltem ex quo condita fuit *lex secunda C. de rescind. vend.* In emtoris aut venditoris arbitrium non recte pretium confertur, *l. quod sæpe* 35. §. *illud constat* 1. *ff. h. t.* arg. *l. in vendentis* 13. *C. h. t. l. a Titio* 108. §. *nulla promissio* 1. *ff. de verbor. obligation.* Unde & ea fuit improbata conventio, ut unus contrahentium eligeret tertium, pretia definiturum. Pinellus *de rubric. C. de resc. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 6. *in fine.*

24. Interposito consensu super merce ac pretio, perfecta est venditio, sic ut ab ea recedi nequeat, *pr. Inst. h. t.* nisi id actum fuerit, ut in scriptis emtio celebretur, ut ante dictum, aut aliud quid vi pacti specialis intercedere debeat, & aliquid ex hisce adhuc supersit agendum, *d. pr. Inst. h. t. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* vel res ad gustum emta sit, quatenus conditio degustandi proficit ad hoc, ut improbare liceat, *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. h. t.* De cetero conditionalis venditio, & ea, qua res veneunt fungibiles, licet perfecta non sit, nisi cum conditio extiterit, aut tales res venditæ appensæ fuerint, vel admensæ, vel adnumeratæ; medio tamen tempore pœnitentiæ locus non est, *d. l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. h. t.* arg. *l. necessario* 8. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 2. *n.* 27.

25. Venditioni accedere possunt arrhæ, possunt & pacta. Arrham quod attinet, Isidorus quidem eam *lib.* 5. *origin. cap.* 25. *in med.* descripsit, quod sit *primum, quod pro re bonæ fidei contractu emta ex parte datur, & postea completur: est enim arrha complenda, non auferenda; unde qui habet arrham non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem, & dicta arrha a re pro qua traditur.* Sed Jurisconsultis paulo alia arrhæ consideratio est: primo enim vel in pecunia numerata, vel in rebus aliis consistere potest; si in pecunia, nihil vetat, quo minus ab emtore venditori data penes accipientem remaneat, pretio imputanda; sin aliis in rebus, post impletum emtionis venditionis contractum id, quod arrhæ nomine datum fuerat, actione ex emto vel condictione sine causa per dantem repeti posse, constat ex *l. ex emto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de act. emti.* Sed & secundo arrha sæpe quidem data fuit in signum emtionis contractæ, ac perfectæ, & ulterius utroque ex latere implendæ, ut ita evidentius probari posset, de pretio convenisse, *l. quod sæpe* 35. *pr. ff. h. t. pr. Inst. h. t.* quandoque tamen etiam in indicium emtionis inchoatæ, ac ulterius in scriptis aut aliter secundum partium voluntatem perficiendæ, *d. pr. Inst. h. t. post. med. l. contractus* 17. *in finem C. de fide instrument.* Posteriore casu recedi ab emtione inchoata potest sub dispendio arrharum, quas quis dederit, vel restitutione duplicatarum, si acceperit, *d. pr. Inst. h. t. d. l.* 17. *C. de fide instrum.* At casu priore pœnitentia omnis secundum dicta in præcedentibus exclusa est, licet quis arrhas datas perdere, vel acceptas reddere duplicatas paratus sit, arg. *l. non idcirco* 12. *C. de rescind. vend. l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.*

26. Pacta quod spectat, venditionibus apponi possunt honesta, licita, substantiam venditionis haud evertentia; ex quibus, magno sparsim numero occurrentibus, pauca recenseri suffecerit; puta, ut venditor rem venditam certa mercede conductam habeat, *l. qui fundum* 75. *ff. h. t.* ne emtor in loco emto monumentum extruat aut aliud quid ædificet, *l. ult. C. de pactis inter emt. & vend.* ut, si intra certum diem res emta displicuerit emtori, inemta sit; vel vice versa sit emta, si intra certum placuerit, *l. si res ita* 5. *ff. h. t.* §. *pen. Inst. h. t.* Die certo pactioni non addito intra duos menses voluntatis de-

clarationem oportere fieri, non in perpetuum, probabile est, arg. *l. quod si nolit* 31. *§. si quid ita* 22. *ff. de ædilit. edict.* Covarruvias *var. resolut. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 1. Videturque arbitrium illud declarandi voluntatem personale esse, ideoque morte ejus, qui velle debebat, evanescere, nec ad hæredem emtoris transmitti, qui proinde nec perfectam venditionem sua voluntatis declaratione infirmare, nec imperfectæ & ex conditione suspensæ perfectionem petere aut eam suæ voluntatis significatione perficere potest, arg. *l. si ita legatum* 65. *§. illi* 1. *ff. de legatis* 1. *l. si ita expressum* 69. *de condit. & demonstrat. l. locatio* 4. *ff. locati.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 45. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 153 Sed & amplius id agi potest, ut venditor res, veluti *equos venales experiendos det*, ea lege, *ut reddere liceat, si in triduo proximo displicuerint*; & ut, emtione non secuta, *in dies singulos aliquid præstetur.* Quo casu experiri licet; desultoris autem partes agere, & præmii causa in iis currere non licet; de cetero periculum equorum magis ad venditorem pertinet, si necdum perfecta emtio, sed ex tali conditione suspensa fuerit, *l. apud Labeonem* 20. *pr. & §.* 1. *ff. de præscriptis verbis.* Præterea, cum vestimenta aut quid aliud mobile mihi venditurus esset, conveniri potuit, *ut ea apud me relinquat, ut peritioribus ostendam*; quo pacto posito, si vi ignis aut alia vi majore perierint, periculum ad me non pertinet, quasi & tunc imperfecta venditione: ut tamen ad custodiam obstrictus sim. *l. si gratuitam* 17. *§. si cum mihi* 4. *ff. de præscriptis verbis.* Nam &, si, cum emere argentum vellem, vascularius, id est, qui vasa facit argentea, illud ad me detulerit & reliquerit, egoque, cum displiceret mihi, servo meo referendum dederim, & id sine dolo meo ac culpa perierit, vascularii detrimentum fore responsum est; ita tamen, ut & hic culpa eorum, quibus id custodiendum perferendumve dedi, per me præstanda sit, *l. apud Labeonem* 20. *§. ult. ff. de præscriptis verbis.* Confer *t. de commodato n.* 6. Contra vero reprobatum est pactum, ne rei venditæ dominium in emtorem transeat, *l. pen. §. ult. ff. h. t.* ad præteritas pensitationes publicas & tributa teneatur emtor fundi; licet verum sit, venditorem quoque obligatum manere, si forte in emtorem minus idoneum fundus translatus sit; nec ad præteriti temporis pensitationes teneri emtorem, ubi fiscus ipse pretium distraxit ob tributorum cessationem, *tot. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse, l.* 2. *& tot. t. C. si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata, l. inter debitorem* 42. *ff. de pactis*; Groenewegen *ad l.* 1. *C. sine censu & reliquis &c.* Vinnius *de pactis cap.* 18. *n.* 1. Illicitum denique pactum omne, quod monopolii interdicti speciem sapit, *l. unic. C. de monopoliis.*

27. Quod si pacta quædam emtioni addita ambigua atque obscura sint, ad eorum interpretationem faciendam huc ea recte traduxeris, quæ de legum interpretatione monui *t. de legibus n.* 20. præsertim, cum & pacta contractibus legem dent. Quæ si eruendæ paciscentium menti non sufficiant, dicendum generaliter videtur, contra eum faciendam esse pactorum dubiorum interpretationem, qui ea apposuit, quippe suæ debet imputare imprudentiæ, quod apertius locutus non sit. Ac proinde, si a venditore pactio profecta fuerit, adversus eum illa de causa interpretationem fieri æquum est, *l. Labeo scripsit* 21. *l. cum in lege* 33. *ff. h. t. l. veteribus* 39. *ff. de pactis, l. in contrahenda* 172. *ff. de reg. juris*, arg. *l. cum quæritur* 26. *ff. de reb. dubiis, l. quicquid astringendæ.* 99. *pr. ad ff. de verbor. oblig.* Ex adverso, si quam emtor venditioni adjecerit conventionem, magis est ut & contra ipsum pacti ambigui explicatio adhibeatur, quippe in cujus jam potestate fuit, apertius pacisci, *l. si in emtione* 34. *ff. h. t.* arg. *d. l. quicquid* 99. *pr. versu, nec rursum ff. de verb. obligat.* Nec hic repugnat, *l. si quis intentione* 66. *ff. de judiciis*, cum diversa in libellis atque judiciis ratio, sit ut plenius dictum *t. de edendo num.* 3. Adde Vinnium *de pactis cap.* 20. *n.* 4. 7. 8.

28. Interim pacta quædam, etsi per se dubia, certam tamen a legibus receperunt interpretationem, quam judex in judicando sequatur. Ita, si lege fundi venditi dictum fuerit, *aquam accessuram esse*, etiam venditor iter aquæ concedere debet seu spatium, per quod rivus aut canalis aquæ ducendæ causa fiat, *l. qui fundum* 40. *§. in lege* 1. *ff. h. t.* junct. *l. Quintus Mucius* 15. *ff. de servit. præd. rustic.* Si *dolia domini fundo accessura esse* pactum sit, etiam ea, quæ servus, qui fundum coluerat, emisset peculiaria, emtori cessura constat ex *l.* 40. *§. pen. ff. h. t.* Si scriptum sit, *fistulas emtori accessuras*, etiam castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, placuit emtori acquiri, *l. fistulas* 78. *pr. ff. h. t.* Lacu vendito *cum decem pedibus circa illum lacum*, si lacus ante traditionem creverit, non ob eam rem latius emtorem debere possidere quam emit, sed decem pedes circa illum lacum præstandos esse, quatenus tunc fuit lacus, cum veniret, a Proculo responsum est, *l. Rutilia Polla* 69. *ff. h. t.* Et si in venditione fuerint pacto exceptæ *lapicidinæ*, eæ tantum exceptæ intelliguntur, quæ erant tempore contractus, non quæ postea repertæ sunt, *l. in lege fundi* 77. *ff. h. t.* Denique, si manu sata lege contractus exemta fuerint, non vites aut arbores exceptæ censebuntur, licet manu satæ, neque etiam seges, quæ ex stipula enascitur, sed tantum illa sata, quæ singulis annis de novo seri solent, *l. qui fundum* 40. *§. fundi venditor* 3. *l. cum manu* 80. *ff. h. t.*

TITULUS II.

De in diem addictione.

SUMMARIA.

1. *Addictio in diem aliquando puram, aliquando conditionalem venditionem facit. Qui utriusque diversi effectus sint?*
2. *Sine speciali pacto post addictionem adjectiones non fiunt, nisi fiscus vendiderit, jure singulari.*
3. *Qui possint conditionem meliorem offerre? an & emtor, aut unus ex pluribus venditoribus? quibus modis melior offeratur conditio? an ex eo, quod fructus interim percepti penes venditorem mansuri sunt?*
4. *Oblatam meliorem conditionem, an venditor rejicere possit, & emtorem priorem retinere? Denuncianda emtori primo conditionis melioris oblatio. An prior liberetur, si secundo res addicta, & is*

solvendo non sit? An res sæpius aliis meliorem condictionem offerentibus in diem addici possit? Quid si venditor finxerit, alium meliorem conditionem obtulisse?

5. *Quibus actionibus venditor rem secundo addictam repetat a primo emtore? quo in statu res, & quæ una cum re sint restituenda? quæ emtor primus repetere vicissim possit?*

6. *Recensentur casus quibus cessat melioris conditionis oblatio.*

7. *Quid juris, si plures domini eandem rem uni in diem addixerint, & oblata conditione meliore quidam primum emtorem, alii secundum præferant?*

8. *Quid si res duæ duobus separatim sint addictæ, denis singulæ, & tertius pro utraque simul triginta offerat?*

1. INter pacta emtioni apponi solita occurrunt duo insigniora, puta, in diem addictio & lex commissoria; quibus & eam ob causam tituli peculiares tributi sunt. In diem addictio est venditio ea lege facta, ut firma fiat, vel firma maneat, si alius intra certum tempus meliorem non obtulerit conditionem. Talis namque venditionibus in continenti adjecta lex easdem aliquando puras facit: aliquando conditionales, pro formularum diversitate; ut colligi potest ex *l. quoties* 2. & *l. ubi autem* 4. §. *cum igitur* 5. *ff. b. t.* Puras si faciat, medio tempore periculum, & interventu traditionis dominium rerum venditarum, ac jus easdem pignori obligandi, aut, si alienæ sint, usucapiendi facultas in emtorem transit & accessiones emtor fructusque suos interim facit, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *l. item quod* 6. *l. Imperator* 16. *ff. b. t.* quin & rem ipsam, si forte possessionem amiserit, vindicare potest aut Publiciana petere in rem actione, *l. si quis hac lege* 41. *ff. de rei vindic.* arg. *l. sed & si* 7. §. *Marcellus* 2. *l. si ego* 11. §. *idem Julianus* 4. *ff de publiciana in rem act.* Atque etiam experiri interdicto quod vi aut clam, si quid in præjudicium rei sic venditæ factum sit, *l. ubi autem* 4. §. *idem Julianus* 4. *ff. b. t.* Quod si conditionales ex in diem addictione venditiones sint, nihil eorum, quæ commemorata sunt, obtinet, nec quicquam interim in emtorem censetur translatum, *l. ubi autem* 4. *pr. ff. b. t.* ac ne periculum quidem, si medio tempore res tota perierit, secus, si pro parte tantum pendente conditione extincta aut deterior reddita esset, *l. necessario* 8. *ff. de peric. & commod. rei vend.*

2. Quamvis autem regulariter, rebus emtori simpliciter addictis, adjectio ulterior, seu melioris conditionis per alium facta oblatio, emtionem rite perfectam infirmare nequeat, quoties id nominatim pacto actum non est; jure tamen singulari id fisco, non item civitatibus datum fuit, quod res suas emtoribus prioribus simpliciter divenditas auferre possit, & aliis intra certum tempus meliorem conditionem offerentibus addicere, nisi priores tantundem præstent, *l. Lucius Titius* 21. §. *ult. ff. ad municipalem, l. ult. ff. de jure fisci, l. si tempora* 4. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.*

3. Meliorem offerre conditionem possunt non extranei modo, sed & unus eorum, quibus res prima in diem addictione vendita erat, *l. cum in diem* 18. *ff. b. t.* & unus ex pluribus venditoribus; licet enim vulgo emtio rei suæ nulla sit, *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris,* tamen, quo minus cum tota re etiam nostram emamus partem, nihil vetat, *l. quod si uno* 13. §. *verum est* 1. *ff. b. t.* Toties autem melior censetur offerri conditio, quoties id a posteriore offertur, quod ad majorem venditoris utilitatem pertinet; sive pretio quid additum sit, sive nihil quidem pretio adjiciatur, sed vel facilior vel maturior vel loco opportuniore facienda offeratur solutio, vel idoneo fidejussore aut pignore oblato securior de pretio venditor fiat; vel levioribus secundus emat conditionibus, remissa forte satisdatione aliisque, quæ emtori priori præstanda, venditori erant gravia in priori emtione, etiamsi tunc ne eodem quidem sed viliore pretio posterior emat, *l. ubi autem* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. b. t.* Non tamen ex hoc solo æstimanda conditionis melioris oblatio, quod posteriore tantundem offerente, ac re a priore avocata, fructus medii temporis apud venditorem remanent, qui priori cessissent emtori, si emtio prior mansisset rata, *l. si venditor* 14. §. *ult. ff. b. t.*

4. Posita vero conditionis melioris oblatione, prior emtor hoc ipso non liberatur, nisi id actum sit; sed venditori liberum est oblatam meliorem conditionem abjicere, ac sequi primam, quasi meliorem, *l. Sabini* 9. *ff. b. t.* nisi creditor pignus vendat, & is, qui adjecit, idoneus sit, eo quod tunc non suo sed debitoris juri renunciaret, nec videretur bona fide negotium geri, *l. sed si* 10. *ff. b. t.* Quin imo, denunciatio conditionis melioris allatæ regulariter emtori primo quantocius facienda est, ut, si videatur, & ipse tantundem offerat, atque ita secundo potior sit; quo tamen casu fructus inter primam & secundam addictionem sibi factam perceptos restituit; cum rem habeat ex nova emtione, nisi alia appareat contrahentium voluntas, *l. item quod* 6. §. 1. *l.* 7. *l.* 8. *ff. b. t.* Priore vero tantundem haud offerente, res secundo addici potest, si modo is neque filiusfamilias neque servus venditoris sit, *l. si vend.* 14. §. *sed & si* 3. *ff. b. t.* idque vel simpliciter vel rursus in diem, ut nempe res inemta sit, si tertius intra certum tempus adhuc meliorem obtulerit conditionem: neque enim leges impedimento sunt, quo minus eadem res sæpius in diem addicatur, si modo vel prima vel secunda vel tertia addictione a venditore recedat, *l. quod autem* 11. *ff. b. t.* Estque secundæ tertiæve addictionis effectus, quod emtor prior eo ipso in universum liberetur, licet posterior solvendo non sit, vel servilis conditionis, cum eum venditor liberum crederet, vel in pupillari existens ætate sine tutore ad emendum processerit, *l. si venditor* 14. §. 2. 3. *ff. b. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 28. *n.* 30. 31. Groenewegen ad *l.* 9. *ff. b. t.* Plane si venditor finxerit, alium bona fide licitantem plus obtulisse, cum minus obtulisset, atque ita secundo addixerit, utrique in solidum obligatus erit, *l. si venditor* 14. *pr. ff. b. t.*

5. Dissoluta per addictionem posteriori factam prima emtione, res ipsa vendita venditori restituenda est, libera ac sine onere, si forte medio tempore pignori obligata sit, *l. ubi autem* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *ff. b. t. l. si res distracta* 3. *ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvitur.* Data ei in id vel rei vindicatione, si verbis directis hæc pactio concepta fuerit, veluti, *ut res inemta sit,* arg. *l. ult. ff. de lege commissoria,* vel ex emto aut præscriptis verbis personali actione, si

verbis obliquis id actum sit, ut *res revertatur*, arg. *l. qui ea lege* 3, *C. de pactis inter emt. et vend.* Atque insuper una cum re reddendi fructus inde medio tempore per emtorem percepti; ac cedendæ venditori actiones, si quæ forte rei emtæ intuitu emtori quæsitæ sint, *d. l.* 4. §. *idem Julianus* 4. *l. item quod dictum* 6. *l. Imperator* 16. *ff. h. t.* Quemadmodum ex adverso emtor quoque non modò pretium, quod numeravit, repetere potest actione ex emto una cum usuris, arg. *l. illud sciendum* 29. §. *condemnatio* 2. *ff. de ædilit. edicto*, *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *ff. de act. emti.* Sed & si quæ medio tempore necessario in rem emtam erogata probare possit, *d. l. Imperator* 16. *ff. h. t.* idque non secundo emtore, sed magis a primo venditore, quocum ipse contraxerat, nisi solemnis intervenerit delegatio, aut cessio actionis, *l. ult. ff. h. t.*

6. Sunt tamen in jure casus, quibus locum non habet melioris conditionis oblatio ad id, ut prior emtio hoc ipso resolveretur; puta si mortuus sit venditor, nec ejus adita fuerit hereditas ante appositum addictioni diem; quia melior conditio allata, quæ domino placeat, intelligi non potest, nullo scilicet rei domino existente, *l. si prædio* 15. *ff. h. t.* Vel si adjectio fiat tantum pro parte rei, cum ea adhuc integra superesset, ne invitus emtor prior cum secundo in communionem redigatur; secus si nihil præter illam partem in rerum natura sit, *l. ubi autem* 4. §. *idem Julianus eodem* 2. *l. quod si uno* 13. *ff. h. t.* Amplius, si tota res principalis interim perierit, ac nil præter accessiones supersit; quia alterius rei, quam ejus quæ distracta est, non solet adjectio admitti, *l. quoniam* 3. *l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Denique si adjectio tantum fiat propter ea, quæ secundæ emtioni accessura sunt, cum primæ non accessissent, si non minoris sint hæ accessiones, quam quo pluris postea res principalis venit, *l. si prædio* 15. §. 1. *ff. h. t.*

7. Si plures rem eandem addixerint in diem, & meliore allata conditione, primum quidam, alii secundum velint emtorem admittere; si quidem uno pretio res vendita sit, potior erit prioris emtoris conditio, quia una conditio est, quæ vel in totum conservanda, vel in totum infirmanda fuit, ne emtor in communione minutus trahatur: sin pretiis diversis, partes eorum, qui primum emtorem prætulerint, primo, reliquæ secundo cedere debent; cum separatæ venditiones sint, nec quisquam in communionem redigatur aliam, nisi in quam sese particulatim emendo sponte conjecit, *l. quod autem* 11. §. 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. h. t.*

8. Quin &, si duæ res duobus separatim denis singulæ aureis addictæ sint, & extiterit, qui pro utraque triginta promittat; refert, unius pretio decem, an singularum quina adjiciat: priore casu ea sola res inemta erit, cujus pretio adjectio facta fuerit; posteriore res utraque ad posteriorem emtorem pertinebit. Quod si incertum sit, ad utrius rei pretium adjectio facta sit, a priore venditione non videbitur discessum esse, *l. cum duo* 17. *ff. h. t.*

TITULUS III.

De Lege Commissoria.

SUMMARIA.

1. *Quid sit lex commissoria, & unde dicta? An tantum puram, an vero etiam conditionalem possit facere venditionem?*
2. *Venditor eligit, an uti velit lege commissoria, nec ne? nec post electionem variare potest. Quo modo tacite remittat hanc legem? Qua actione rem repetat, si hac lege uti velit?*
3. *An emtione resoluta emtor partem pretii, quam solvit recuperet? an & arrhas aliaque impendia an & medii temporis usuras?*
4. *An interpellatione opus sit, ut lex hæc locum habeat? quid si lex commissoria sine die adjecta sit?*
5. *Quibus in casibus cesset vis legis commissoriæ? Quid agendum, si venditor præsens solutionem declinet? Quid emtor agere debeat, si ante diem additum fiat tutor liberorum venditoris?*
6. *De pacto, ut pretio intra certum tempus non soluto, res vendatur periculo primi emtoris.*
7. *De pacto de retrovendendo. Quale pretium reddendum sit? Qualis actio ex hoc pacto ad rem recuperandam competat? An fructus rei & usuræ pretii medii temporis restituendæ sint? An duplicata debeantur laudemia ob redemtionem?*
8. *An jus redimendi ex pacto ad heredes transeat? Quid si quidam ex his redimere nolint? An & extraneo cedi possint? An huic juri præscribi? Si primus emtor rem alteri simpliciter vendiderit sine pacto redimendi, an primus venditor contra emtorem secundum agere possit?*
9. *De jure retractus conventionalis & legalis: legalis retractus strictam recipit interpretationem, nec habet locum, nisi doceatur, jus illud ex tali causa legi vel consuetudine loci, in quo sita immobilia, receptum esse.*
10. *De retractu conventionali ac pacto, ut, si emtor* rursus vendere velit, non alii quam venditori vendat. *Emtor tunc extraneo vendere volens denunciare id venditori debet, ut si is velit, intra duos menses declaret, se rem eodem pretio velle emtam habere. Facta hoc emtor non impeditur extraneo rem donare, legare, &c.*
11. *Jus retractus legalis competit domino directo emphyteuseos; etiam emphyteutæ, si dominus vendat dominium directum. Item domino directo feudi, etiam sub infeudanti, si vassallus feudum vendat, & emtor needum investitus sit. Datur & sociis ad partem a socio distractam; & ei, cui census ex fundo debitus, si fundus vendatur. An & quatenus illis, qui jus pignori habent in re immobili, dominis prædii, unde redditus annuus debetur; dominis jurisdictionis, Baillivis, prætoribus? An fructuariis, venditæ proprietate?*
12. *In omnibus fere locis viget retractus gentilitius; non tamen in Geldria aut in Transisvania. An ubique in Hollandia?*
13. *Ex juris Romani principiis peti potest fundamentum retractus gentilitii. Quæ juris mutationes hic inciderint?*
14. *Competit hoc jus cognatis masculis, feminis; non adoptivis. An naturalibus? an conceptis post venditionem? an debeant esse proximi ex illa linea unde res profecta? & quid in feudis retrahendis? An detur illis, qui ex statutis non vocantur ad successionem ab intestato? an naturalibus ratione fundi a linea materna distracti? an remotioribus jure repræsentationis ad successionem venientibus cum alio proximiore? An jus retractus regatur secundum jus successionis intestatæ?*

15. *Hoc jus retractus ex lege competens alteri cedi nequit; nec quisquam pro alio, sed tantum pro se retrahit; quod & quibusdam in locis tenetur jurare.*

16. *Non retrahit, qui ingratus fuit in cognatum venditorem; nec qui huic juri renunciavit. An tacite renunciaverit, qui pro evictione fidejussit? Aut oblatam sibi emtionem non acceptavit? Aut venditionis instrumento subscripsit?*

17. *An filius venditoris, etiam in patris existens potestate, retrahere possit? An & heres venditoris? & quid si venditor promiserit, se rem præstiturum liberam ab omni retractu?*

18. *An si cognatus & extraneus simul emerint, cognatus retrahere possit partem extranei? An maritus, si stante matrimonio rem emerit a cognato suo, vel retraxerit eam extraneo per cognatum venditam, & illa sic cesserit communionis jure uxori pro parte?*

19. *Si maritus stante matrimonio fundum emat & rursus vendat, retractum habent cognati uxoris & mariti, si fundus fuerit conjugum communis factus. Si plures vendiderint simul eundem fundum, an unius venditoris cognatus partem an totum retrahere possit?*

20. *Qua solemnitate retractus fiat in Hollandia? quid juris, si in forma peccatum sit?*

21. *Retractus tantum obtinet in immobilibus, & incorporalibus, quæ immobilibus hodierno jure accensentur; in Hollandia fere in prædiis tantum ruri, non in ædibus in urbe sitis; sive avita sint, sive per venditorem ipsum prius emta; sive allodialia sive feudalia: & an in curia feudali lis de retractu agitanda sit?*

22. *Si simul sint venditæ res retractum admittentes cum rebus retractum respuentibus, quo usque retractus tunc fieri possit?*

23. *Retractus tantum in emtione, & datione in solutum similibusque, ubi pretium apparet, locum habet. An in venditionibus subhastatione factis? Non in permutationibus, legatis. Quid si res partim vendita, partim donata sit?*

24. *An emtor & venditor mutuo consensu resiliendo ab emtione impedire possint jus retractus? An per adjectionem pacti, ut demum res sit vendita, si cognatus non retrahat? An per adjectionem pacti de retrovendendo? An per id, quod emtor intra tempus retractui præfinitum rursus eandem rem in extraneum alienavit? An tunc primi an secundi venditoris cognati potiores sint? Et quid tunc observandum sit ac reddendum per retrahentem?*

25. *De tempore intra quod retractus fieri debeat. An tempus illud currat a tempore venditionis, an a tempore traditionis? An currat ignoranti, & an adversus lapsum temporis restitutio in integrum dari debeat? An sufficiat extrajudicialis interpellatio intra tempus facta? an in jus vocatio?*

26. *Quæ per retrahentem emtori reddenda vel offerenda sint? An emtore ea non admittente depositio & consignatio necessaria sit?*

27. *Retrahens subintrat in locum emtoris. Quales fructus emtor retrahenti restituat?*

28. *Retrahenti competunt dilationes emptori ab initio datæ. Venditor de pretio residuo non contra emtorem, sed contra retrahentem agit, & vicissim retrahenti actiones dantur contra venditorem. Reviviscunt emtori jura omnia, quæ per emtionem extincta fuerant.*

29. *Onera rei imposita gravant retrahentem. Si dominus directus retrahat feudum venditum, impositæ per vassallum servitutes durant, secus, si jure caducitatis feudum domino aperiretur. An retrahens solvat laudimia & alia onera, a quibus emtor ex privilegio personali liber erat? In retractu legali semel tantum laudimia & alia debentur, velut ex una emtione.*

30. *In concursu quinam potiores sint in jure retractus quoties pluribus ex diversis causis, vel ex eodem jure, retractus competit?*

1. LEx commissoria, in pignoribus improbata, at hic admissa, nihil aliud est, quam pactio emtioni in continenti adjecta, ut, nisi certo tempore pretium solvatur, res inemta sit. *l. 2. ff. h. t.* Quam *commissoriam* inde dici probabile est, quia, qui in talem legem seu pactum impingit, in universam impingit venditionem, sic ut deinceps vi hujus pacti venditio tota committatur arbitrio venditoris, aut rata futura, aut infirma, prout venditori visum fuerit. Magisque est, ut hac lege adjecta venditio pura censeatur quam conditionalis, quippe resolvenda potius per existentiam conditionis, quam per eam suspendenda, ubi id actum est, *ut res inemta sit. l. 1. ff. h. t. l. 2. Sabinus 3. ff. pro emtore.* Unde & periculum atque commodum rei, ac per traditionem dominium vel usucapiendi potestas, & fructuum percipiendorum jus, interim in emtorem transit, *l. lege fundo 5. ff. h. t.* Nulla tamen ratio juris impedit, quo minus lex quoque commissoria conditionalem possit venditionem facere, concepta legis formula, *ut si intra decem menses pretium solutum sit, res aureis decem emta habeatur.* Sane & in diem addictio, si formula vulgata concipiatur, æque ac lex commissoria, puram venditionem efficit, ut patet ex *l. 2. §. Sabinus 3. junct. §. 4. ff. pro emtore*, & tamen titulo superiore probatum abunde, pro varia formulæ conceptione vel puram vel conditionalem videri venditionem intercessisse. Firmumque pro hac opinione fundamentum est in *l. statuliber 38. §. ult. ff. ad leg. Falcid.* ubi dum Hermogenianus ait, *sub lege commissoria distractum; item ad diem addictum in dominio venditoris connumerari*, hoc ipso aperte significat, conditionalem fuisse tunc venditionem ex lege commissoria vel in diem addictione, cum utrobique toties, quoties pura venditio est, non in venditoris sed emtoris dominio interim res emta existat, *l. ubi autem 4. §. sed & Marcellus 3. ff. de in diem addictione, d. l. 5. ff. h. t.*

2. Adjicitur hæc pactio in venditoris gratiam, qui proinde uti ea, vel non uti potest, *l. 2. l. 3. ff. h. t.* Ut tamen protinus post diei lapsum statuere de eo debeat; nec si semel alterutrum elegerit, mutare deinceps ultra possit; cum electione prima jus emtori in continenti acquiratur, quod ei venditoris variatione auferendum non est, *l. fundus 4. §. eleganter 2. l. post diem 7. ff. h. t.* arg. *l. apud Aufidium 20. ff. de optione vel elect. legata.* Elegisse autem videtur legis commissoriæ remissionem, *si post diem*, lege commissoria comprehensum, pretium vel usuras ejus ab emtore receperit aut exegerit, *l. de lege 6. §. ult. l. 7. ff. h. t. l.*

commissoria 4. *C. de pactis inter emt. & vend.* Sed si venditor declaret, se uti velle pacti hujus beneficio, ipso jure contractus resolvitur, ac res cum fructibus & accessionibus ad venditorem redit, quia nihil penes eum resistere oportet ex re, in qua fidem fefellit, *l. lege fundo* 5. *l.* 6. §. *idem* 1. *ff. h. t.* data venditori rei vendicatione, vel ex emto actione, utra ipse experiri maluerit, si verbis directis concepta fuerit lex commissoria, ut scilicet res inemta sit, *l. commissoria* 4. *C. de pactis inter emt. & vend. l. ult. in fine ff. h. t.* junct. *l. si fundus* 4. *ff. h. t. l. sed Celsus* 6. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Secus si verbis tantum obliquis id actum fuerit, ut pretio non soluto *res reddatur*, *revertatur*, *ab emtione recedatur*; quippe quo casu non vindicatio, sed sola ex emto vendito actio datur, *l. qui ea lege* 3. *C. de pactis inter emt. & vendit.*

3. Sed & vicissim venditori incumbit, ut eam, quam accepit, emtori reddat pretii partem; nisi id pacto actum sit, ut partem pretii solutam perdat emtor in moræ pœnam, quo casu vicissim quoque apud eum medii temporis manerent fructus; & de eo casu, quo pactum in id nominatim conceptum fuit, accipiendum puto, quod ab Ulpiano post Neratium est traditum in *l. si fundus* 4. §. *sed, quod* 1. *ff. h. t.* Nam ut extra conventionem specialem pœnaliem emtor soluta pretii parte caderet, admittendum non est, arg. *l. quod si minor* 24. §. *sed & si* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si vi vel metu* 3. *l.* 4. *C. de his quæ vi metusve causa.* Ne ea contingeret ratione, ut, quo quis in pretio solvendo promptior fuisset ac diligentior, eo magis puniretur; contra tanto minorem subiret jacturam, quanto fuisset negligentior in pretio numerando fideque implenda; atque ita diligentia damnosa evaderet, mora prodesset. Quod & in praxi docet Groenewegen ad *l.* 6. *ff. h. t.* & *ad Grotii manud. ad jurisprud. Hol. lib.* 3. *c.* 14. *n.* 78. Sane, si arrha data, aut quid aliud emtionis nomine per emtorem erogatum fuerit, veluti in symposium, instrumenti emtionalis confectionem, proxeneticum pararii, & si quæ sint alia his similia, ea emtori perire, nec oportere restitui, rationis est; cum per emtorem factum fuerit, quo minus legi adjectæ pareretur, nec permittendum ei fuerit impune fidem fallere, *l. de lege* 6. *pr. ff. h. t.* junct. *l.* 5. *in fine ff. h. t. l. rede & si* 25. *pr. ff. de petit. hered.* Quod enim specialiter pactum proponitur, ut pretio non soluto *arrham emtor perderet*, & inemta res esset, *l. ult. ff. h. t.* ex eo non recte collegeris pacti necessitatem ad arrhæ amissionem; cum novum non sit, pactionibus & illa inseri ex abundanti ac dubitationis tollendæ causa, quæ & citra pactum ex ipsa fluerent juris communis dispositione, *l. qui mutuam* 56. *ff. mandati.* Qua ratione etiam de fructuum restitutione pactum speciale legi commissoriæ adjectum proponitur in *l. sed Celsus* 6. §. *si fundus* 1. *ff. de contrab. emt.*: quos tamen etiam, omissa pactione, reddi oportere non ambigitur. Sed nec pretii usuras emtori restitui æquum est, quippe quæ vel ex conventione vel ex mora præstandæ forent, quarum neutra intercessit ex parte venditoris; sed magis emtoris ipsius culpa ac mora dissolutio emtionis secuta est, cui sua non debuit ad usuras persequendas mora proficere. Ut proinde alia hic quam in addictione in diem, ratio sit, in qua neque per culpam neque per moram emtoris resolvi contractum expeditum est.

4. Committitur regulariter hæc lex commissoria per ipsum temporis ad'ecti lapsum, neque venditoris interpellatione opus est ad id, ut in mora emtor constituatur, cum dies abunde prò homine interpellet, *l. si fundus* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. magnam* 12. *C. de contrabend. & commit. stipul.* Nisi pactum commissorium sine certi diei adjectione conceptum fuerit: (uti id fieri potest arg. *l.* 3. *ff. de contrab. emt.*) tunc enim, cum dies interpellare nequeat, hominis interpellatione opus est; quæ forte post sexaginta dierum lapsum fieri poterit, ut emtor in mora constituatur, arg. *l. quod si nolit* 31. §. *si quid ita* 22. *ff. de ædilit. edicto.*

5. Cessat tamen pactionis hujus effectus quoties non per emtorem, sed per venditorem stetit, quo minus pretium sua die solutum sit; veluti si venditor ipse moram faciat in præstandis iis, quæ ex conventione ante pretii solutionem prestanda erant, veluti fidejussionem pro evictione, aut quid simile, *l. ult.* §. *emtor prædiorum* 1. *in fine ff. de rescind. vend.* vel fiscus aut alius venditoris creditor testato denunciaverit emtori, ne is venditori solvat, antequam sibi denunciantis satisfactum sit, *l. ult. ff. h. t.* Joh. Papon. *lib.* 12. *tit.* 10. *arresto* 2. vel nullum habeat emtor cui offerat, dum vel absens vel mortuus est venditor nec domi procuratorem reliquit, aut ejus defuncti hereditas adita non est, *l. si fundus* §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. quod si nolit* 31. §. *in causa* 23. *ff. de ædil. edict. l. cum quidam* 17. §. *si pupillo* 3. *ff. de usuris.* Quod si præsens venditor sese subducat ac solutionem defugiat, consignatione ac depositione opus est, ut juri suo emtor consulat, *l. si a te* 7. *C. de pactis inter emt. & vendit.* & si emtor defuncto venditore, liberis ejus impuberibus ante diem appositum tutor datus sit, non aliter vim legis commissoriæ evitare potest, quam si vel reliquis pretium numeraverit contutoribus, vel illud rationibus tutelæ retulerit, *l. ult. in pr. ff. de rescind. vend.*

6. Legi commissoriæ simile est pactum, quo id agitur, ut, pretio intra certum tempus non soluto, liceat venditori rem alteri vendere periculo primi emtoris, si postea minoris distrahatur, *l. si fundus* 4. §. *in commissoriam* 3. *ff. h. t.*

7. Est & vicinum hisce pactum de retrovendendo, quo emtionibus adjecto id agitur, ut venditori liceat vel intra vel post certum tempus vel quandocunque redimere seu recipere rem, reddito pretio eodem, quod datum est, non eo, quod tempore redemtionis justum ac rei respondens videri posset, nisi aliud nominatim actum sit, *l. si vir* 12. *ff. de præscriptis verbis*, *l. si fundum* 2. *C. de pactis inter emt. & vendit. compositis*, *l. si creditor* 7. §. *illud* 1. *ff. de distract. pign. & hypoth. l. si cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* Ex quali pacto venditori recuperare volenti personalis ex vendito, aut præscriptis verbis actio datur *d. ll.* non enim absurdum est, actione ex emto agi etiam ad emtionis ipsius prioris distractionem, *l. ex emto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de act. emt.* Quamvis hic vere non tam ad venditionis prioris, omni ex parte jam impletæ, resolutionem, quam potius ad novæ venditionis factum seu interpositionem agatur. Ut tamen ad officium ejus, qui retro venditionem postulat ab emtore refractario, omnino pertineat, pretium oblatum, nec acceptatum, deponere consignatum, arg. *l. nec creditores* 10. *C. de pignorat. act. l. si a te* 7. *C. de pactis inter emt. & vendit.* Sande *decis. Frisc. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 18. Fachineus *controvert. lib.* 2.

cap. 42. Plane rei vindicatio venditori hoc casu accommodanda non est; cum obligatio tantum ad factum, puta retrovenditionem, pacto ex quo agitur, comprehensa sit: nisi id actum fuerit, ut pretio intra certum tempus restituto, *res inemta sit*, vel *venditor rem recipiat*; tunc enim electio venditori competit, utrum oblato pretio rem vindicare, an actione venditi repetere malit, arg. *l. si cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* dummodo secundum mores hodiernos in immobilium venditione pactio talis solemni traditioni, coram lege loci faciendæ, inserta fuerit; cum alioquin nullum pactum immobilia solear afficere ullo jure in re. Groenewegen *ad l.* 3. *C. de pactis inter emt. & vend.* & *ad l.* 3. *C. de condict. ob causam dat.* Ceterum uti solum pretium emtori offerendum est ad redemtionem faciendam, non item usuræ ejus; eo quod venditor in cujus gratiam redimendi jus pacto inductum fuit, nullam videri potest moram commisisse; ita nec emtor venditori redimenti ad medii temporis fructus restituendos obstrictus est, sed tantum ad eos, qui post moram, seu oblatum a venditore pretium, percepti sunt, *d. l.* 2. *in fine C. de pact. inter emt. & vend.* Magisque ex hujuscemodi pacto de retrovendendo nova venditio sequitur, quam venditionis prioris infirmatio sit, adeo ut & eam ob causam iterata laudemia aliaque onera similia præstanda veniant, velut ex repetita alienatione, uti plenius probatum *tit. si ager vectigalis id est emphyt. pet. n.* 31.

8. Agit autem ex hoc pacto non tantum venditor, sed & heres ejus, secundum ordinariam pactorum heredibus æque ac ipsis paciscentibus proficientium conditionem, arg. *l. si pactum* 9. *ff. de probation. l. veteris* 13. *C. de contrah. & committ. stipulat.* Berlichius *part.* 2. *conclus.* 40. *numer.* 70. 71 Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 32. *def.* 21. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 4. usque adeo, ut, si quidam heredum redimere nolint, reliquis accrescat illud redimendi jus, Ant. Faber *C. lib.* 3. *t.* 25. *defin.* 2. Berlichius *d. part.* 2. *concl.* 40. *num.* 71. Quid, quod & extraneo hoc jus ex pacto competens cedi possit; cum personale non sit, & omnis actio vendi cedique possit, quæ nominatim excepta non est, arg. *l. ult. C. de hered. vel act. vendita.* Sande *de cessione actionum cap.* 5. *numer.* 29. Carpzovius *d. part.* 2. *constit.* 32. *def.* 20. Berlichius *part.* 2. *conclus.* 39. *numer.* 53. Leeuwen *d. loco.* Neque huic juri redimendi præscribi potest ullo tempore, si in perpetuum redimendi licentia pacto comprehensa sit: non magis, quam jus luendi pignoris, quod latius adstructum *t. de pignorat. act. num.* 7. Adde Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 18. *numer.* 4. 5. Si tamen primus emtor rem ea lege emtam rursus alteri simpliciter vendiderit, nullo retrovendendi pacto apposito, emtor secundus a venditore primo ad retrovenditionem compelli nequit, sed tantum adversus emtorem primum personalis actio ad id quod interest, peremtam alienando fuisse redimendi facultatem, intendi potest; cum pactum personam tantum obliget, at rem non afficiat, sic ut illa sine ullo onere in secundum emtorem translata sit, arg. *l. ult. §. Lucius Titius* 1. *ff. contrah. emt.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 36. *defin.* 2. Berlichius *pract. conclus. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 56. 57. Nisi in prima venditione rerum immobilium solemni traditionis coram lege loci factæ instrumento pactio talis retrovendendi inserta fuerit, atque ita res ipsa devincta, arg. *l. si creditor* 7. *§. ult. ff. de distract. pignor.* quod & supra notatum ex Groenewegio ad *l.* 3. *C. de pactis inter emt. & vend.* & *ad l.* 3. *C. de condict. ob caus. dat.* Adde Berlichium *d. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 59.

9. Juri redimendi, ex pacto competenti, proxime in multis, non tamen in omnibus, accedit jus retractus, quo qui gaudet, emtorem extraneum depellere potest, eodem oblato pretio, atque ita sibi rem emtam habere. Quale jus vel ex conventione competere potest, vel ex juris communis aut municipalis dispositione. Dummodo meminerimus, neminem sibi arrogare posse jus retractus legalis, nisi doceat, lege vel consuetudine loci, in quo immobilia sita sunt, illud retrahendi jus ex tali causa, ex qua retrahere vult, aut saltem alia plane simili, firmatum esse; cum utique hoc jus, depellens eum, qui legitimo modo rei dominium adeptus est, velut exorbitans a jure communi, contrarium rescripto Impp. in *l. dudum proximis* 14. *C. de contrah. emtione*, uti & libertati commerciorum, & a generalibus recedens justitiæ commutativæ præceptis, strictam videatur recipere debere interpretationem; etsi de cetero inficias iri nequeat, quin jus tale ipsi etiam juri divino originem debeat, ac non sine justis rationibus inductum sit, Jac. Coren *observ.* 32. *numer.* 62. 63. 64. 65. 66. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 2. & 22. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *numer.* 8. 9. *pag. mihi* 226. Leewen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *nu.* 9. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 143. *numer.* 1.

10. Ex conventione jus retractus inter alia competit, cum id pacto emtioni adjecto actum fuit, *ut, si emtor rursus vendat, non alii, sed sibi* (venditori) *distrahat*; *l. qui fundum* 75. *ff. de contrah. emt.* Quo casu, si emtor cum extraneo de re illa certo pretio vendenda convenerit, id ipsum venditori primo denunciare debet, ut is, si ita videatur, intra duos a denunciatione menses declaret, se rem eodem velle pretio emtam habere: qui si toto illo bimestri spatio voluntatem suam non declaret, vel iuri retractus nominatim renunciet, ac consentiat in faciendam extraneo distractionem, non ultra deinceps vi pacti jus retractus exercere potest, arg. *l. qui Romæ* 122. *§. coheredes* 3. *ff. de verbor. obligat. l. ult. in fin. C. de jure emphyteut.* Berlichius *d. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 53. 54. 55. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19 *num.* 8. Sande *decis. Frisc. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 4. Non tamen hoc jus retractus conventionalis, ex pacto in casum venditionis concepto descendens, locum habet, si primus emtor alio, quam venditionis titulo, rem in extraneum transtulerit, veluti ex permutatione bona fide facta, vel donatione, vel testamentaria dispositione, vel jure successionis intestatæ, vel alia simili diversa ab emtione causa, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 32. *defin.* 14. 16. 17. Berlichius *d. part.* 2. *conclus. pract.* 39. *numer.* 61. 62.

11. Ex legis dispositione rursus variis ex capitibus jus retractus descendere expeditum est. Sic enim domino directo ex vi dominii directi datum est jus protimeseos, quoties emphyteusin suam emphyteuta extraneo vendita, *l. fin. C. de jure emphyteut.* de quo latius *t. ff. si ager vectigalis id est emphyteut.*

petatur num. 22. Et quamvis jure civili cautum non inveniatur, emphyteutam gaudere jure protimeseos cum dominus directus suum vendit directum dominium; probabile tamen est, ei hoc jus moribus hodiernis haud oportere denegari illis in locis, in quibus consuetudine receptum est, etiam dominum fundi censualis posse retractum facere, si is, cui census annuus debetur suum jus census extraneo distraxerit; (de quo mox) præsertim, cum effectu inspecto parum hodie census debitus distet a canone debito, & emphyteuses nostrates magis propter annui reditus seu canonis emolumentum, quam propter meliorationem faciendam, in agris etiam fertilissimis constitutæ sint, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 138. Datum & hoc jus domino directo feudi, quin & ipsi subinfeudanti, quoties secundum mores hodiernos vassallus, aut subinfeudatus, utile distraxit feudi dominium, si modo dominus directus retractum exercere volens, necdum emtorem de feudo investiverit: eo quod investituræ interventu comprobasse videtur novum vassallum, suoque juri renunciasse, uti hæc prolixius prosequitur & explicat, ac in Brabantia quoque, qua parte Belgio fœderato paret, servari docet Petrus Bort *tract. de feudis Holland. part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 2. & *multis seq. pag.* 217. & *seq.* Sociis quoque ratione partis per socium distractæ & confinibus jus hoc retrahendi in Rhenolandia ac Delflandia alibique tributum esse, idque convenienter constitutioni Friderici in *lib.* 5. *feud. t.* 13. monet Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 9. 10. & Groenewegen ad *l.* 3. *C. de commun. rer. alien.* (vide tamen Jac. Coren *observ.* 32. *num.* 58. & *seqq.*) uti & Mechliniæ, uti patet ex *legibus Mech. in. t.* 11. Adhæc variis in locis eum, cui census annus ex fundo vendito debetur, hoc jure retractus uti in fundo censuali vendito, post alios allegatos tradit Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 35. Illis præterea, quibus res immobiles pignori obligatæ sunt, earum etiam publice venditarum retractus per integras sex septimanas quibusdam in locis concessus invenitur, quoties viliore pretio venditæ sunt, quam ut inde creditoribus hypothecariis satisfieri posset, Roseboon *costumen van Amsterdam t.* 35. *art.* 1. Quod & Hagæ consuetudine firmatum docet Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *vers. cujus beneficio.* Uti vice versa domini quoque prædiorum, quibus reditus redimibilis vel non redimibilis impositus est, venditum extraneo reditum recte retrahunt in Hollandia, & Mechlin. *Consuet. Mechlin. t.* 11. *art.* 7. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 17. Insuper jurisdictionis dominum (*den Ambachtsheer*) post lapsum anni, intra quem reliquis retrahendi jus est, totis sex septimanis ad retractum faciendum plerisque in locis admitti, testis est Neostadius *Curiæ supr. decis.* 29. *in pr.* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 16. (si modo vendita sint allodialia: non item feuda, ut adstruit Grotius in Responsis Juris Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 201. *male impresso* 301. *pag.* 538.) Quod & Prætori, seu Baillivo Rhenolandiæ eodem modo competere scribit Grotius *d. cap.* 16. *num.* 16. Aliis vero pagorum prætoribus in Rhenolandia jus tale non esse datum, licet quandoque per corruptelam ab iis usurpatum, decisum fuit; Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. part.* 5. *vol.* 1. *pag.* 43. *post med.* Confer Petr. Bort *de feudis Holl. part.* 5. *exp.* 1. *n.* 6. *pag.* 219. Sed nec fructuario jus retrahendi competit, si suam proprietarius proprietatem alienaverit: non enim inter proprietarium ac fructuarium connexio, aut fundamentum, ex quo talis fructuarii ante emtores extraneos prælatio proflueret; cum ususfructus, qui a proprietate separatus est, neutiquam dominii pars sit, *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. signif.* (quod late probatum *t. de usufr. num.* 3.) ac proinde nec ullum inter dominicos ac fructuarios consortium appareat, aut communionis vel societatis jus, Castillo Sotomajor *de usufructu cap.* 74. *n.* 37. & *seqq.*

12. Præcipue vero usu comprobatum jus retractus, quod ex jure sanguinis defertur, & *gentilitium* dici potest, ac in plerisque locis Germaniæ, nec non in Gallia, Hispania, Italia, Burgundia, Brabantia, Flandria, Frisia, Zelandia, alibique admissum esse testantur Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *in pr.* Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 51. *n.* 1. Jac. Coren. *observ.* 32. *n.* 3. & *seq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 2. *n.* 9. ac collectis diligenter singularum regionum de retractu legibus, docet Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. Ultrajectinis tamen, atque etiam Gelris, ac Transisulanis, neutiquam legalis, sed tantum conventionalis retractus placuit, Fredericus a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 11. *in fin.* vers. *subinde item*, Christian. Rodenburch (notans Sandium quantum ad tradita de moribus Ultrajectinis) *de jure conjugum tract. præliminar. de statutor. diversit. t.* 2. *cap.* 5. *n.* 17. *in med.* Leeuwen *d. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. *n.* 9. In Hollandia quoque nunquam universali consuetudine gentilitium retractum fuisse receptum, non uno in loco scriptum ab Hugone Grotio in Resp. ICtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 148. *num.* 2. & *consil.* 201. *pag.* 538. Sed tantum municipalibus quarundam urbium ac regionum legibus, idque non eodem modo, sed varie, veluti in Rhenolandia, Delflandia, Kennemaria, & regione Voornana, uti vult idem Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 4. & Groenewegen ad *l.* 3. *C. de commun. rerum alienat.* Quod tamen de Kennemaria ac Delflandia negat Leeuwen *d. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 21. *num.* 5. & non passim in Delflandia jus hoc servari, scripsit Groenewegen *in notis posterioribus ad Grotium d. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 3. *lit. B.*

13. Retractus hujus gentilitii fundamentum vel ex ipsis Romani juris principiis erui posse, non facile ibit inficias, quisquis consideraverit illud Caji: *Cum bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & ejus qui creditor cognatusve sit, potiorem haberi creditorem cognatumve, l. cum bona* 16. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend.* quodque ab Hermogeniano traditum, minorem adjectione pretii ab extraneo superatum, implorata in integrum restitutione audiendum esse, si forte majorum ejus fuisset illa res, & id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori, *l. si emtione* 35. *ff. de minorib.* 25. *annis*, sed & a Constantino vel quo alio Imperatore legem generalem fuisse latam, qua cognati poterant extraneos ab emtione amovere, si fides conjecturæ Jacobi Gothofredi ad *l.* 6. *C. Theodos. de contrah. emt.* Et quamvis hoc protimeseos jus posteriore Imperatorum constitutione immutatum sit, neque ulla cognatis præ extraneis relicta prærogativa; dum in *l. dudum* 14. *C. de contrah. emt.* constituerunt; *Dudum quidem proximis consortibusque*

concessum fuisse, ut extraneos ab emtione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent, sed quia gravis hæc videtur injuria, quæ inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata, unumquemque suo arbitratu quærere vel probare posse emtorem ; sic ut & illud jus protimesios ea lege sublatum videatur, quod ante consorti competebat, si pendente judicio communi dividundo suam sociorum unus partem vendidisset, juxta *l. 1. C. communi divid.* postea tamen Frederici constitutione rursus agnatis sociisque jus illud restitutum fuit ; *l. 4. feudorum t.* 13. quæ deinceps probabiliter consuetudinibus plerarumque regionum de retractu occasionem præbuit, licet non omni ex parte per eas hanc Frederici constitutionem fuisse probatam, in aperto sit.

14. Retractum hunc jure sanguinis habent cognati, legitimo prognati matrimonio, aut legitimati ; sive masculi, sive fœminæ, cum & mulieres, licet familiæ suæ caput & finis sint, *l. pronunciatio* 195. *ff. de verb. signif.* cognationis tamen & sanguinis vinculo etiam post nuptias juncta maneant. Adoptivis vero non competit ; cum ex commento adoptionis non nascatur jus sanguinis, *l. qui in adoptionem* 23. *ff. de adoptione* 23. *ff. de adoption.* arg. *l. fideicommissum a filiis* 76. *ff. de condit. & demonstrat.* neque etiam naturalibus tantum, arg. *l. 2. §. legitimos* 3. *ff. de excus. tut.* De conceptis post venditionem, variatum fuit, ut videri potest apud Ioh. Papon *lib.* 11. *tit. 7. art. 1. & ibi notata.* De cetero, licet alibi illi cognati in jure retractus potiores aint, qui venditori proximiores sunt ex eo latere, unde res vendita profecta fuit ; in Hollandia tamen sola sanguinis spectatur proximitas, adeo ut agnati proximi in retrahenda re immobili, quæ a materna provenit linea, cognatis in specie per matrem junctis, sed remotioribus, in concursu potiores sint, & vice versa, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap.* 16. *num.* 7. In feudis tamen Hollandicis, uti in successione ab intestato cognati ultimi possessoris juncti ei ex illo latere, unde feuda provenerunt, potiores sunt aliis, alio ex latere defunctum contingentibus, licet gradu proximioribus ; ita & eosdem potiores esse oportere in retractu faciendo, dicendum videtur : tum, quia tales potissimum per alienationem læsi atque fraudati sunt spe successionis ; tum quia jus retractus fere regi solet secundum jus succedendi ab intestato ; nisi aliud consuetudine inductum probetur, Jac. Coren *obs.* 32. *n.* 30. *& seqq. & in fine*, Petrus Bort *de feudis part. 5. t. 5. c. 2. n.* 14. 15. 16. *pag.* 227. Responsa Jurisc. Holl. *part. 2. consil.* 208. Quo etiam fundamento, quod nempe jus successionis imitetur jus retractus, sic ut nec retrahant, qui ab intestato non succedunt, quod præter Jacobum Corem & Petrum Bort passim probant interpretes, Damhouderus *praxi civili c.* 265. *n.* 11. Tiraquellus de *retractu gentil. §. 1. glos.* 8. *n.* 6. 7. 8. *& præcipue n.* 13. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. c. 16. n. 7. & lib. 2. c.* 30. *in pr.* tentari haud immerito possit, illis in Hollandiæ locis, quæ jure Scabinico utuntur, ad retractum admitti non debere gradu proximos ex linea paterna venditori junctos, quoties patre vivo, matre mortua, is prædium distraxit, & remotiores supersunt lineæ maternæ agnati retrahere volentes, aut vice versa ; cum constet, eo jure nec parentem superstitem, nec superstitis cognatos, sed solo parenti prædefuncto sanguine junctos ad venditoris talis successionem ab intestato vocari, si non aliud inveterata consuetudine receptum probetur. Cumque jus successionis ab intestato olim in Hollandia quarto gradu circumscriptum fuerit, ac propterea jus quoque retractus eo gradu inveniatur limitatum, ut habet Grotius *d. lib. 2. cap.* 30. *in pr. & d. lib. 3. cap.* 16. *num.* 7. probabile omnino est, producta deinceps ad gradus ulteriores successionis intestatæ facultate, etiam remotiores a retrahendi potestate haud removendos esse, quoties in contrarium non extat loci hujus aut illius usus. Quin imo, cum matri æque spurii succedant, ac legitime nati, ratio non est, cur ad fundi a matre venditi retractum haud forent admittendi, arg. *l. si suspecta* 29. *§. 1. ff. de inoff. testam. l. si qua illustris* 5. *Cod. de senatusc. Orfitian.* Tiraquellus *de retractu gentil. §. 1. glos.* 8. *n.* 6. 7. 8. Sed an & illi, qui, cum proximi natura non essent, jure tamen repræsentationis cum proximioribus ab intestato vocantur, etiam in retractum cum iisdem concurrere possint, merito dubites ; cum passim in statutis *proximorum* mentio fiat, & jus hoc retractus nostra lingua a proximitate *naastinge* denominatum sit.

15. Quia vero totum hoc jus retractus gentilitii sanguinis contemplatione inductum fuit, adeoque propter peculiarem retrahentis qualitatem, quæ in extraneis haud reperitur, consequens est, nec cessionis interventu id in extraneum posse transferri, sed omnino personalem esse eam cognationis & familiæ prærogativam, & quod in ceteris citra conventionem ex lege profluentibus retractus speciebus statuendum est, arg. *l. ex pluribus* 42. *ff. de admin. & peric. tut.* Tiraquellus *de retract. gentilit. §. 26. glos. 1. n.* 1. Argentræus *tract. de laudemiis art.* 37. Sande *de cessione action. cap. 5. n.* 28. Zoesius *de feudis c.* 15. *num.* 23. 24. Carpzovius *defin. for. part. 2 constit.* 31. *defin.* 19. Petrus Bort *de feudis part. 5. tit. 5. cap. 2. n.* 19. *pag.* 223. Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. n.* 24. Sed nec cognatus ipse alteri, sed sibi soli, suamque in utilitatem retrahere potest ; adeo ut & multis in locis, desiderante emtore, jurare teneatur, se ibi suumque in commodum nummisque suis retractum facere ; quamvis ceteroquin haud intersit, an sponte sua, an vero alieno hortatu impulsuque, an dudum in arca servatis, an creditis seu mutuis aut credendis sibi nummis, & ita vi mutui propriis futuris, emtorem jure retractus depellat. Damhouderus *praxi civil. cap.* 265. *n.* 15. Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. consil.* 288. Andr. Gayl. *lib. 2. observ.* 19. *n.* 10. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. n.* 13. 14.

16. Non etiam hoc jus retractus exercere potest secundum Friderici constitutionem, qui in cognatum venditorem gravem admisit ingratitudinis causam, *lib. 5. feudorum tit.* 13. *in med.* aut renunciavit juri retractus, sive expresse & propalam id fecerit, sive tacite rebus ipsis & factis ; veluti si ipse emtori fuerit auctor emtionis, aut pararius ac proxeneta inter emtorem & venditorem, vel pro evictione apud emtorem fidejusserit, arg. *l. exceptione* 12. *C. de eviction. vindicantem* 17. *ff. eod. tit.* Ex eo sane solo, quod ei emtio rei a cognato oblata fuerit, atque ipse tunc emere detrectaverit, renunciatio retractus non satis colligitur ; cum intervenire multa queant, quæ emtionem præsentem dissuadent, veluti minor in cognato quam extraneo emendi solertia, quo fit, ut satius sit jam

emtum retrahere, quam ab initio ad emtionem procedere, paratæ pecuniæ penuria, quæ tamen intra annum, retractui præfinitum, conquiri aliunde potest, & alia plura. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 145. Sed nec ex eo, quod venditioni præsens fuit, & siluit: cum siluisse magis intelligatur, quia sciebat jus suum sibi integro anno vel alio tempore statuto durare, arg. *l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & ita demum præsens ac sciens & tacens pro consentiente ac juri suo renunciante habendus sit, si ipso invito negotium, quod gerebatur, geri non possit; cujus contrarium in nostro casu est, in quo cognatus nulla retractus conservandi protestatione potest venditioni efficaciter intercedere, eamque impedire. Tiraquellus *de retractu gentil. d.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 153. *& seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 61. *in med.* Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 185. *quæst.* 2. Quin imo, ne is quidem, qui emtionis instrumento subscripsit tanquam testis, per id jure retractus se privasse dicendus est; cum subscriptione ista deceptus videri nequeat emtor, quippe qui scire potuit, atque etiam debuit, ex lege loci, in quo est res immobilis vendita, salvum cognatis retractum esse. Eoque facit *l. Titia* 34. §. *Lucia* 2. *ff. de legatis* 2. *l. Gaius Sejus* 39. *ff. de pignorat. act.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *defin.* 8. Groenewegen ad *l.* 26. *ff. de pignor. & hypoth.* Quibus non adversatur, quod a Modestino scriptum est, filium, qui patris, mutuum ab extraneo accipientis ac scribere impediti, suasione & nomine chirographum scripserat sua manu, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandæ, hoc ipso consensum ei obligationi dedisse, *l. fidejussor* 26. §. *pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* quodque traditum a Marciano, creditorem hypothecarium in pignoris venditionem videri consensisse, si subscripserit in tabulis emtionis, *l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Etenim diversitatis ea ratio est, quod, ut dictum, emtor scire potuit ac debuit, rem immobilem ex lege situs retractui patere: at e contrario emtor scire nec potuit nec debuit, rem, quæ oppignorabatur, non patris, sed ipsius filii chirographum scribentis propriam esse, vel creditori hypothecario tabulis emtionalibus subscribenti devinctam; ut proinde emtor merito videri posset silentio filii chirographum pro patre scribentis, vel creditoris emtioni subscribentis, deceptus esse, nisi ex silentio tali concurrente cum scriptione vel subscriptione leges scribentis consensum præsumsissent.

17. De cetero usque adeo jus retractus cognationi tributum est, ut & ipse venditoris filius, utcunque minorennis, atque adeo in patris potestate, retrahere fundum possit; non patri sed filio ipsi minorenni acquirendum, si modo legitima munitus curatorum auctoritate ad retractum accedat; *cap. constitutus* 8. *extra, de integr. restit.* Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *t.* 5. *defin.* 7. *in fine.* Joh. Papon. *lib.* 11. *t.* 7. *art.* 2. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *numer.* 47. Boerius *decis.* 12. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 155. Dissent. de minore Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 10. §. 1. verbo *l'homme ou femme num.* 8. Sed & venditoris jam defuncti heredem, sive filius, sive remotior cognatus fuerit, rem a defuncto distractam retrahere posse, verius est; (licet id Frisiis displicuisse, testetur Sande *decis. Frisic. d. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 7.) cum non qua heres, nec ex defuncti capite, sed tanquam proximus venditoris cognatus, cui vivo adhuc venditore nec ullos heredes habente jam jus retractus ex lege vel more quæsitum fuerat, jus illud exerceat, nisi venditor insuper promisisset, se rem ab omni retractu gentilitio immunem liberamque præstiturum. Quamvis enim heres venire non possit contra factum defuncti, nec res suas per defunctum alienatas revocare pro ea parte, ex qua heres est, ac defunctum repræsentat, *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindicat. l. si Titio* 22. *ff. de pignor. & hypoth.* regula tamen illa heredi non obstat in retractu faciendo, quoties venditioni promissio superior nominatim addita non est; cum retrahendo non intelligatur venire contra factum defuncti, aut illud impugnare, sed approbare magis ac confirmare, dum petit, se loco prioris emtoris substitui, atque ita venditionem non irritam constitui, sed magis in universum ratam habet, omni emtoris obligatione jureque in se translato. Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 47. *& seq.* Christinæus *vol.* 1. *decis.* 279. Sainson *ad consuet. Turonens. t.* 15. *art.* 5. *versu, dubitatur insuper,* Petrus Bort *de feudis Holland. part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *n.* 20. 21. 22. *pag.* 228. & plures ab eo citati, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 22.

18. Quid, quod & ipse emtor certis in casibus ad retractum faciendum admitti potest. Si enim duos fingas simul uno pretio comparasse prædium ab eo, qui alterutri ementium cognatione junctus erat, vi quidem emtionis primæ cognatus emtor non nisi ex semisse emti fundi dominus effectus est; sed quia emtor alter extraneus est, a partis dimidiæ emtione consortem hunc consors cognatus jure depulerit. Sed & si maritum stante matrimonio rem a cognato suo emisse proponas, eamque vi statutariæ inter conjuges communionis uxori pro parte quæsitam esse, soluto matrimonio libera marito facultas est jure sanguinis retrahendi ab uxore vel heredibus ejus intra tempus retractui præfinitum hanc ipsam partem uxori communicatam, refusa dimidiata pretii parte. Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap. numer.* 36. Ant. Matthæus *paræmia* 3. *numer.* 12. Nam & si maritus stante matrimonio fundum a cognato alienatum retraxerit, & eum ita supponamus, jure communionis statutariæ, uxoris pro parte factum (licet id multi negent citati ab Abr. a Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 35.) jus ei esset retinendi ex jure retractus soluto matrimonio totum prædium, præstitis iis, quæ ex natura retractus præstanda sunt. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 26. *gloss.* 1. *num.* 58.

19. Quod si maritus stante matrimonio fundum emerit, sic ut ille conjugali statutariæ vel pactitiæ cesserit communioni, iterumque divendat, fundi totius retractum facere promiscue possunt vel mariti, vel uxoris cognati; sufficitque adeo in Hollandia retrahentem alteri conjugum propinquum esse. Cum enim stante matrimonio fundus ille non pro diviso, sed pro indiviso, inter conjuges ita communis fuerit, ut nec dividi inter ipsos debuerit aut potuerit propter durantem in perpetuum, id est donec conjuges vivunt, conjugalem communionem, visum magis non partis dimidiæ sed prædii totius retractum alterutrius conjugis cognatis indulgeri. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 29. Plane, extra illam individuam stante ma-

trimonio conjugalis communionis causam, etiam tunc, cum tres pluresve prædii unius pro indiviso domini uno illud pretio vendiderunt extraneo, proximo venditoris unius cognato non partis solius ad cognatum venditorem pertinentis, sed fundi solidi retrahenti facultatem dari oportere, responsum invenio, licet, reliquis portionum reliquarum dominis sanguine junctus non sit. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 17. & *part.* 4. *consil.* 344. Sed magis est, ut unius quidem venditoris cognato non ultra portionem illam, quæ ad venditorem cognatum pertinebat, retractus permitti debeat, si emtor reliquas aliorum venditorum partes sibi retinere, atque adeo fundum cum retrahente communem habere non aspernetur; cum retrahenti nulla fiat injuria, quod ita in communionem incidat, in quam & incideret, si re non vendita, cognato venditori tanquam heres successisset; ut tamen emtor audiendus sit, si partis retractum admittere nolit, dum forte partes reliquas emturus non fuisset, displicente ipsi communionis conditione, in quam per partis retractum incideret, & ad quam invitus nemo compellendus est, *l. si sertein* 26. *§. si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. ult. C. communi divid.* ac proinde tunc jure desiderare posset, ut a tota emtione recedatur, atque ita feudi totius retractum faciat, quiunum ex venditoribus cognatione contingit, ac inde exercere cupit retrahendi jus, arg. *l. tutor* 47. *§. curator* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si quis aliam* 46. *ff. de solutionib. d. l. si non sertem* 26. *§. si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. quod autem* 11. *§.* 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. de addict. in diem.* Confer Tiraquellum *de retract. gentilit. §.* 23. *gloss.* 1. *n.* 1. *& mult. seqq.*

20. Modum formamque retractus faciendi per Hollandiam describit Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *numer.* 13. 14. & si quid in forma retractui peragendo per statum præscripta omissum sit, retractus inutilis est. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *defin.* 1. Tiraquellus *de retractu gentilit. §.* 8. *gloss.* 1. *in pr.*

21. Retractui huic gentilitio locus regulariter tantum est in rebus immobilibus, & incorporalibus, quæ immobilibus accenseri solent, veluti censibus, decimis, aliisque similibus distractis. Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 4. non item in mobilibus, Parens p. mem. Paulus Voet. *de natura mobil. & immobil. cap.* 20. *num.* 3. Ac in Hollandia quidem in solis agris, quæque iis implantata vel inædificata sunt, veluti pomariis, villis, tanquam fundorum accessionibus; nisi aliud consuetudine invaluisse probetur; cum alioquin inædificata ac implantata jus soli sequantur, arg. *§. cum in suo* 29. 30. 31. *instit. de rer. divis. & acquir. domin.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 331. non autem in ædibus in urbe positis. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. *numer.* 1. De cetero nunc interest apud nos utrum prædia avita fuerint, an nunquam ad majores pertinuerint, a venditore cognato recenter acquisita, licet alibi in solis avitis retractus admittatur, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *numer.* 7. Leeuwen *cens. for. d. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 16. Uti nec, utrum allodialia, an vero feudalia: nam & in feudis Hollandicis non modo domino directo, sed & cognatis vassalli feudum vendentis retrahendi facultatem competere, pluribus docet Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *passim præcipue numer.* 14. 15. 16. *pag.* 227. de Zelandicis Jacobus Coren *observ.* 32. *num.* 72. *& seqq. ad num.* 80. Quo casu si emtor retractum pati nolit, ejus rei disceptatio coram judice feudali instituenda foret; præsertim cum nullus feudi retractum jure desideret, nisi prius de feudo illo per dominum directum investitus sit; etsi in non feudalibus retrahendis judici ordinario notio sit, Bort *d. cap.* 2. *num.* 25. *& seqq. & num.* 29. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 185. *quæst.* 3. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 13.

22. Si res mobiles simul & immobiles, & generaliter res retractum admittentes cum rebus aliis retractum respuentibus uno pretio distractæ sint, emtor non aliarum rerum intuitu, quam quæ natura sua retractum patiuntur, ab emtione invitus depelli potest, reliquarum sibi servandarum facultate relicta, pretioque pro rata rerum per cognatum retractarum viri boni arbitratu recepto; nisi ipse satius duxerit a tota emtione recedere, ac res omnes simul emtas retrahenti restituere, dum forte eas, quæ retractui non subsunt, sine aliis retractui obnoxiis non fuisset emturus, arg. *l. tutor* 47. *§.* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si quis alium* 46. *ff. de solution.* Jacobus Corem *observat.* 32. *numer.* 56. 57. *& ibi adnotatis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 10. Christinæus *vol.* 3. *decis.* 55. *num.* 4. Leeuwen *cent. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 20. *num.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 25. 26. 27. *pag.* 223.

23. Uti autem non res omnes, ita nec quævis rerum retractui obnoxiarum alienationes gentilitium retractum admittunt, sed solæ venditiones, &, quæ venditionibus similes sunt, in solutum dationes, in quibus pretium, omnia æstimans, apparet, atque ita emptori reddi per retrahentem potest, arg. *l. si prædium* 4. *C. de eviction.* Ac ne omnes quidem venditiones, sed illæ solæ, quæ privatim contractæ sunt: nam etsi Gallis, Flandris aliisque placuerit, etiam publicis subhastationibus distracta immobilia jure sanguinis retractari posse, ut notat Groenewegen ad *l.* 16. *ff. de reb. auctor. jud. possidendis*, nostris tamen moribus passim fere contrarium receptum fuit, ut testis est Groenewegen *d. loco.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *numer.* 5. 6. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 29. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 41. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 95. *num.* 2. (*potius* 195. *n.* 2. *pag.* 353. *incipit A Koopman*) Plane in permutationibus retractui locus non est, nisi forte res utrimque vel ex uno latere æstimata & sic ex permutatione translata sit; cum ita pretium appareat, quod refundatur, magisque effectu inspecto emtio, aut in solutum datio, quam permutatio sit, arg. *l.* 1. *C. de rerum permutat.* Tiraquellus *de retract. gentilit. §.* 1. *gloss.* 14. *num.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *numer.* 19. *pag.* 222. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 153. Longe minus in transactionibus, donationibus, legatis, heredum institutionibus: eo quod in omnibus hisce pretium certum, quod per retrahentem restitueretur, intelligi non potest. Quod si partim res, partim pretium pro re detur, uti a potiori colligendum in dubio est, utrum emtio an magis permutatio contracta sit, ita quoque retractum concedi vel denegari, moris est. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 19. *&* 20. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *con-*

til. 257. Si partim res vendita partim donata dicatur magis est, ut ficta credi debeat donationis adjectio in fraudem retractus; ut proinde hoc in casu retractus perinde admittendus sit, ac si nulla donationis mentio facta ac nuda venditio celebrata esset, arg. *l. ab Anastasio* 23. §. 1. *C. mandati.* Hugo Grotius *d. cap.* 26. *num.* 19.

24. Posito vero contractu venditionis, adeoque terminis retractus habilibus, hoc natum cognato retrahendi jus impediri nequit per id, quod mutuo consensu emtor venditorque a contractu per traditionem impleto resiliunt; cum nemo consilium mutare queat in alterius detrimentum, *l. nemo potest* 75. *ff. de reg. juris*, nec jus alicui quæsitum sine facto ejus adimi possit, *l. id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. juris*, §. 2. *in med. inst. de his qui sui vel alien. juris.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *glos.* 2. *num.* 42. Christinæus *ad leg. Mechlinient. t.* 11. *art.* 18. *n.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 6. Uti nec ex eo, quod venditioni pactum fuit appositum, ut ita demum res sit vendita, si cognatus non retraxerit; cum pactio talis videri possit in fraudem legis retractum agnato tribuentis apposita, atque adeo contraria juri publico ad res in familiis conservandas stabilito, ac proinde privatorum pactis haudquaquam mutando; nisi forte peculiaris venditoris erga emtorem appareat ratio affectionis, cur illum solum sibi ipsi in re emta prætulerit, seu, apud illum magis quam apud se rem esse maluerit, sed magis apud se, quam apud ullos alios emtore excepto, arg. *l. jus publicum* 38. *ff. de pactis.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *glos.* 2. *num.* 60. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 58. *pag.* 224. Sed nec per adjectionem pacti de retrovendendo retractui impedimentum strui, verius est; eo quod & salva esse potest pactionis hujus vis, & simul integrum cognato retractus jus; in quantum in locum emtoris ex retractu subintrans cognatus, & iisdem, quibus emtor, tenens rem conditionibus, venditori, id desideranti, ad retrovendendum obstrictus manet, interim ipse retractus gentilitii jure rem sibi emtam habens, donec id a venditore petitum fuerit. Denique jus hoc retrahenti cognato non perit, si forte primus emtor intra tempus retractui præfinitum, rem emtam rursus extraneo vendiderit atque tradiderit, aut alio quo modo alienaverit. Cum enim lege vel more inductum hoc jus res ipsas afficiat, tanquam continens prohibitionem alienationis in præjudicium cognatorum ultimi possessoris, quales legum prohibitiones rem ipsam comitantur, ut dictum *t. de contrah. emt. num.* 15. sic ut & in rem & in personam actio pro retractu nata sit; vel secundum alios actio personalis, sed in rem scripta. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 21. 22. 23. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *num.* 7. Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 1. *art.* 5. *num.* 12. Atque insuper cognato jus retrahendi semel primæ venditionis intuitu quæsitum fuerit, nec facto tertii, novo emtoris primi & extranei contractu, adimi potuerit, uti paulo ante monitum, neque res inter alios acta aliis nocere debeat, aut privata cujusquam pactione lædi jus ceterorum, *l. Imperatores* 3. *ff. de transaction. l.* 1. 2. 3. *C. inter acta vel judicata aliis non nocere*, consequens est, etiam ab emtore vel alio ex titulo possessore secundo vel tertio rem jure retractus per venditoris primi cognatum revocari posse; adeo ut, licet & emtoris primi cognatis ex venditione secunda inceperit competere retractus gentilitius, primi tamen venditoris cognatus tanquam antiquiore munitus jure in retrahendo potior sit. Boerius *decis.* 182. *nu.* 52. Sainson *ad consuet. Turonens. t.* 15. *art.* 5. *vers. est & alia*, Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu num.* 124. Estque hoc in casu non consultum modo, sed & necessarium, ut & primus emtor, & is, in quem ille rursus rem alienavit, quive ejus possessor est, retractus faciendi causa citetur; possessor quidem non ad aliud, quam ut retractum fieri patiatur, & de possessione decedat, quippe jus omne suum habens a primo emtore, qui, si possedisset, possessionem restituere compulsus esset; at emtor primus ad id, ut omnia illa recipiat, quæ retrahenti incumbunt ex lege vel more præstanda: non enim emtori secundo ea, quæ is erogavit, per retrahentem restituenda sunt, sed potius emtori primo illa, quæ ipse ex prima emtione præstare debuit; cum utique non in secundi sed primi emtoris jus succedere desideret, qui retractum facit, nec ei vel prodesse vel obesse debeat, quod forte majore vel minore pretio aliisque vel levioribus vel gravioribus conditionibus rem emerit secundus, aut tali forte acquisiverit titulo, qui retractum non admittit, veluti ex donato aut permutatione. Confer Sainson *d. loco.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 155. & *part.* 3. *consil.* 160. *fere in pr.*

25. Non aliter tamen recte cognatus rem jure retractus sibi emtam habere potest, quam si tempora retractui postulando præfinita observet, & emtori primo præstanda præstet. Tempus quod attinet, ex Friderici constitutione triginta dies ad retractum faciendum concessi sunt, *lib.* 5. *feud. t.* 13. plurimorum vero locorum statutis annus continuus, seu simpliciter *annus*; aliis annus utilis, seu *annus & dies*, quo annus naturalis cum sex septimanarum adjectione videtur designari, ut docet Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 32. *defin.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *versu, utrum*, alii alia tempora breviora; quæ ex regionum singularum de retractu conceptis legibus speciatim petenda sunt. Sed uti tempora hac in parte variant, ita nec illud expeditum satis, ex quo tempore spatium retrahendis rebus divenditis præscriptum computandum sit. Quibusdam enim placuit statim a perfecta consensu venditione tempus currere, licet res tradita nondum sit; sed minus recte; cum retractus ratio sit, ne res alienetur extra familiam, alienatio vero non nudis conventionibus, sed demum subsecuta traditione fiat, *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, unde & in rebus alienis per cognatum distractis retractum cessare, communiter receptum est. Censuerunt alii non nisi a tempore scientiæ cursum inchoari, ignorantibus id tempus non labi, ac circa scientiam aut ignorantiam, deficientibus aliis probationibus, juri jurando retrahenti standum esse, quod & in Hollandia servari tradit Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 16. *n.* 11. 12. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 11. Aliis denique visum magis, a primo traditionis momento consanguineis, sive scientibus, sive ignorantibus, fluere retractus tempora; usque adeo, ut neque ignorantibus, neque absentibus, neque pupillis aut minoribus aliisque similibus, restitutio in integrum adversus istius spatii decursum tribui debeat ad retractum faciendum, tum quia ex retractu venditio

præter jus commune emtoris intuitu in irritum deducitur, quod odiosum, aut saltem interpretatione benigniore juvandum non est; tum quia illi, qui contra temporis talis lapsum restitui desiderant, ut ad alienam possint emtionem venire, non tam de damno evitando quam potius de lucro in emtoris præjudicium captando agunt, quo casu restitutio vix concedenda, arg. *l. sciendum est* 18. 19. 20. *ff. ex quib. caussis majores.* Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 35. *gloss.* 2. *num.* 3. *& seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 11: *art. n.* 9. 10. 11. Joh. Papon *lib.* 11. *t.* 7. *art.* 21. & hoc jure Hollandos uti scribit Neostadius *supr. Cur. decis.* 29. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 1. *pag.* 217. Respons. Jurisc. Holland. *part.* 5. *consil.* 160. cumque fundamento sat firmo nitatur hæc sententia posterior, ei in dubio adhærendum crediderim, quoties neque lege municipali neque consuetudine inveterata contrarium inductum est. Et quamvis extrajudicialis interpellatio ad retractum intra annum facta haud sufficiat ad interrumpendam temporalem hanc præscriptionem, suffecerit tamen ante temporis præfiniti lapsum emtorem retrahendi gratia in jus vocatum esse, neque necesse, ut litis contestatio ea de re ante temporis præscripti finem interponatur: ita post Tiraquellum *de retract. gentil.* §. 8. *gloss.* 2. *n.* 1. & alios, Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 11. *versu, quando.*

26. Per retrahentem præstanda quod spectat, sciendum est, reddi oportere emtori retractum patienti totum pretium, si is illud jam solverat, una cum arrha per eum data ac laudemiis tributisque per eum depensis, meliorationibus medio tempore factis, ut ita indemnis servetur, nec non duplicata quantitate ejus, quod ex pacto in symposium ab emtore erogatum est, secundum Hollandiæ mores; teste Grotio *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 15. etiamsi forte emtori venditor postea partem pretii remisisset, vel aliud loco pretii in solutum datum esset, si modo omnia ab initio bona fide gesta sint, arg. *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 202. *vers. Vuant voor eerst seer.* Quæ omnia simul & semel legitimo oblata modo si emtor recipere detrectet, dum forte retractum pati non vult, ex juris quidem Romani principiis consignatio eorum ac depositio facienda foret, uti eam in casu pacti commissorii necessariam esse supra *num.* 5. probatum est: sed in Hollandia solam sufficere realem oblationem legitime factam, nec depositione opus esse, judicatum fuit: eo quod frequenter dilatio solutionis emtori concedi solet, ac annua bima trima die solvendi facultas; quo ipso eveniret, retrahentem deterioris fore conditionis, quam emtorem, si per depositionem maturius careret nummorum usu, cum nondum omnium pensionum dies cessissent, Groenewegen ad *Grotium. d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 13. Leeuwen *cens. for. pag.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 13.

27. Effectus retractus in genere est, quod retrahens in universum ita subintret in locum emtoris, ac si non emtor, sed ipse statim ab initio rem retractam comparasset: eo excepto, quod emtor fructus medio tempore inter emtionem & retractum petitum pretiumque consignatum perceptos reddere retrahenti haud teneatur, etiamsi necdum eos consumsisset; sed tantum retractus petiti & pretii consignati tempore pendentes tanquam ipsius fundi partes, arg. *l. Herennius* 42. *ff. de usuris*, uti & eos, qui tempore traditionis ex causa emtionis factæ necdum a solo separati, una cum fundo fuerant in emtorem translati, quorumque intuitu procul dubio pretium majus constitutum fuit, tunc iterum per retrahentem emtori refundendum, Zoesius ad *Pand. h. t. de retractu num.* 125. Quod enim attinet fructus reliquos medio tempore per emtorem perceptos, & adhuc extantes, cum non ex jure possessionis bonæ vel malæ fidei eos emtor ex fundo collegerit, sed ex dominii jure, quod titulo emtionis in fundo habebat, eos suos fecerit, atque interim pretio rei emtæ caruerit, ac denique retrahens sibi imputare debeat, quod deliberando diutius retractum distulerit, non recte ad hunc casum produci potest id, quod de fructibus a bonæ fidei possessore perceptis, vindicanti restituendis invenitur traditum in §. 2. *Inst. de offic. judicis*, *l. sed & loci* 4. §. *post litem* 2. *ff. finium regund.* Zoesius *d. num.* 125. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num. ult.*

28. In ceteris ita emtoris partes retrahens obtinet, ut eædem ipsi circa pretii solutionem dilationes competant, quæ emtori fuerant ex conventione indultæ, arg. *l. ult.* §. *ult. C. de usuris rei judicatæ*, Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 18. *n.* 34. *& seqq.* nec ultra adversus emtorem, sed magis contra retrahentem venditor de pretio residuo experiri debeat, obligatione omni inter venditorem primumque emtorem per retractum extincta. Uti vice versa retrahenti experiundi potestas est, si quis venditoris dolus intercesserit, aut enormis læsio, per quam emtor captus in damno hæsisset, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 12. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 29 *gloss.* 2. *num.* 2. *& seqq.* Sed & emtori reviviscunt omnia jura illa, quæ per acquisitum emtæ rei dominium extincta fuerant: neque dubium, quin ei, si simul ante emtionem emti prædii conductus fuerit, vel usumfructum ejus habuerit, vel servitutes quasdam reales prædio proprio emtoris, vel a proprio emtoris prædio, debitæ fuerint, retractu facto redintegretur conductionis jus in tempus reliquum locatione comprehensum, & usufructus ac prædiales renascantur servitutes, arg. *l.* 2. §. *cum quis debitori* 18. *& 19. ff. de hered. vel act. vend.* & arg. *l. idem. Neratius* 3. §. *ult. ff. de usufr. access. l. ult. ff. de minor.* 25. *annis l.* 1. 2. *C. si adversus transact. l.* 1. §. *ult. l. quamvis* 8. §. *quanquam* 11. *& seqq. l. si mulier* 14. *ff. ad Senatusc. Vellejanum*, Tiraquellus de *retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 73. *& seqq.* Neostadius *Curiæ supr. dec.* 30. Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 19. *n.* 24. 25. & plures ibidem allegati.

29. Onera quoque rei imposita, quibus emtor gravatus fuisset, si rem ex emto retinuisset, vicissim retrahentem gravare, verius est; adeo ut, si forte dominus directus feudum a vassallo divenditum retraxerit, cui is in vicinorum gratiam prædiales quasdam servitutes imposuerat, non liberum, sed servitutibus hisce obnoxium feudum acquisiturus sit. Licet enim impositæ per vassallum servitutes evanescant, quoties feudum ex defectu cognationis domino apertum est, *lib.* 2. *feud. t.* 8. §. *rei autem*, aliud tamen dicendum, si ex retractu feudum quæsierit, cum ita non domini directi, sed emtoris extranei jure censendus sit, quippe non caducitatis, sed emtionis titulo feudum tenens, Petrus Bort de *feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *n.* 28. 223. Quod si emtor ex quodam privilegio a

laudimiorum quorundam aut aliorum onerum emtionis nomine dominis directis aut fisco pendendorum solutione immunis sit; non tamen id privilegium, utpote personale, retrahenti prodest, sed is perinde ad hæc omnia solvenda obstrictus est, ac si nulla interveniente emtoris extranei privilegiata persona ipse primitus a cognato per emtionem dominium adeptus esset; cum constet, personalia privilegia non posse egredi personas illas, quas præcipuum meruerunt favorem, quarumque intuitu inducta sunt, arg. *l. ex pluribus* 42. *ff. de administrat. & peric. tut.* Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu. n.* 127. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 7. *numer.* 71. Quamvis de cetero inter omnes constare videatur, retrahentem ad nova laudemia aliaque onera similia obligatum non esse, quoties non ex pacto de retrovendendo, sed ex lege vel consuetudine retractus descendit; eo quod non duplicata sed una tantum intelligitur emtio, contractus unus, quem retrahens ipse inivisse censetur, dum emtore depulso in locum ejus velut emtor succedit, & omnem contractus effectum in se transfert, Tiraquellus de *retract. gentil.* §. 29. *gloss.* 2. *n.* 1. *& seqq.* Argentræus *tract. de Laudemiis art.* 37. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 33. *defin.* 8. Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu n.* 127.

30. Illud excutiendum restat, qui in retractu potiores sint, præcipue si inter eos quæstio sit, qui diversis causis retractum desiderant. Omnibus quidem aliis, atque ipsis etiam dominis directis ac cognatis potiorem placuit esse causam ejus, qui retractum conventionalem exercere cupit; cum provisio hominis potentior plerumque sit provisione legis, Jac. Coren *observ.* 52. *n.* 38. 39. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 46. 47. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 310. *in med.* Dominus quoque directus feudi recti, & eadem ratione dominus directus emphyteuseos, præferendus videtur agnatis vassalli vel emphyteuticario vel feudali fundo distracto; quia ab hisce res primitus profecta est, *Berlichius dec.* 98. *n.* 13. Ut tamen in feudis Hollandiæ hereditariis (*onsterfelyke erfleenen*) cognatorum potentius videatur jus retrahendi, quam domini directi; quia plerumque hæc non a domino directo primitus vassallis collata fuerunt, sed ab eo tantum jure feudi recepta, cum prius essent pleno jure allodialia illorum, qui ea peculiaribus ex causis voluerunt in posterum jure feudi possidere, Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *n.* 23. 29. *& seqq. pag.* 222. *& seqq.* nisi feuda talia ipsi domino directo supremo distracta fuissent, quippe qui tunc nec ab agnatis vassalli venditoris retractum pateretur, Bort *d. cap.* 1. *num.* 37. Socios quod attinet, Mechliniensi lege definitum, eos cognatis usque adeo potiores esse oportere, ut partem a cognato jam retractam retrahere nihilominus ipsi possint, *Leg. Mechlin. t.* 11. *art.* 5. quod tamen in Hollandia non obtinet, nisi socius simul venditori cognatione junctus sit, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 9. Jac. Coren *observ.* 32. *num.* 59. 60. Appendix decis. *post resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 51. *in fine &* 52. alioquin socios ac confines cognatis postponi auctor est idem Grotius *d. cap.* 16. *n.* 10. Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 20. 26. Similiter apud nos cognatis, atque ipsis etiam sociis ac confinibus, ubi hos quoque admitti moris est, in jure retractus cedit dominus jurisdictionis (*den Ambachtsheer*) aliique ei similes, quippe qui non nisi lapso tempore, reliquis ad retrahendum præfinito, ad retractum admittuntur, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 19. Grotius *d. cap.* 16. *n.* 16. Quod si non ex diverso sed eodem jure plures retractum facere veline, inter cognatos in concursu is potior est, qui gradu propiore venditorem contingit; si gradu pari, is, qui simul prædii venditi intuitu socius aut confinis est, ut ante dictum. Si ex pluribus neque propinquis unus emtor sit, a reliquis eodem gradu junctis retractum haud patitur: si emtor cognatus quidem sit, sed gradu remotior, proximioribus adhuc libera retrahendi facultas est, Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 7. Jacob. Coren *observ.* 32. *n.* 38. 39. De cetero, licet in aliis plerisque locis remotior retrahere quidem possit, dum proximior deliberat, sed proximiori postmodum intra tempus legitimum retrahere volenti cedere teneatur, in Hollandia tamen præventioni locus est; adeo ut, si omnes ejusdem gradus cognati simul eodem tempore ad retractum veniant, inter eos res ex retractu communis fiat; si vero unus ex pluribus proximis ejusdem gradus cognatis retractum fecerit, rem totam sibi habeat, nec reliquos ejusdem gradus ultra in partem admittere teneatur, etsi intra legitimum tempus venientes. Idemque servatur, si remotior gradu proximiorem cognatum maturiore prævenerit retractus interpositione, Hugo Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 7. Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 20. 21. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *n.* 18. *pag.* 227. *in fine.* Si plures sint socii, is in contursu præferendus videtur, qui majore ex parte socius fuit; quod & lege Mechliniensi cautum *t.* 11. *art.* 6. Si plures confines, is, cujus prædium majore latitudine contingit prædii distracti fines, nisi confinis alter simul emtor sit, Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 26. Atque hæc ex usu nostro de retractu sufficiant. Plura qui cupit, adeat Tiraquellum *de retractu*, Christinæum ad *Leg. Mechlin. t.* 11. Zoesius *ad Pand. h. t. de lege commissoria*, Berlichium *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 39. 40. 41.

TITULUS IV.

De Hereditate vel actione vendita.

SUMMARIA.

1. *Ad venditionem hereditatis non est opus inventarii confectione. Quæ emtori hereditatis tradenda aut cedenda sint; quid juris circa onera & commoda quæsita occasione rei, quam nominatim exceperat venditor hereditatis? An actionibus non cessis utiles competant emtori hereditatis.*
2. *Præstat venditor hereditatis damna & lucra certantia per levem ejus culpam. Quid juris, si venditor hereditatis transegerit cum debitoribus hereditariis, vel res singulares hereditarias vendiderit, donaverit ante vel post venditionem hereditatis?*
3. *An jus accrescendi et an emolumentum juris accrescendi in emtorem transeat, prolixe excutitur.*
4. *An venditor de rerum singularum hereditariarum evictione teneatur? an de evictione juris hereditarii aut partis ejus? quid intersit inter vendi-*

tam hereditatem viventis, et eam, quæ defuncti quidem est, sed ad venditorem non pertinet, vel fideicommissaria tantum est, cum vendita esset ut directa?

5. *Venditor hereditatis non tradit ea, quæ nominatim excepit, nec indebite acceptum. An id quod pœnæ nomine consecutus est? An hereditatem impuberis ex substitutione quæsitam, cum patris substituentis hereditatem vendidisset?*

6. *Emtor hereditatis debet suscipere defensionem venditoris per creditores hereditarios conventi. An invitus possit ipse conveniri per creditores hereditarios? quid moribus? An creditores inviti teneantur convenire emtorem? An si convenerint emtorem, deinde iterum ad venditorem hereditatis redire possint?*

7. *Repetit venditor hereditatis ea, quæ propter hereditatem erogavit; quod exemplis docetur. An &, si ex parte heres integrum debitum hereditarium ex justa causa solverit, & partes à coheredibus cæteris recuperare nequeat? An si indebitum solverit? Petit & redintegrari servitutes, sibi a defuncto debita vel legata solvi.*

8. *Recensentur singularia quædam; quando non privatus sed fiscus vendidit hereditatem.*

9. *Vendi potest actio vel pure vel sub conditione; & vel pura vel conditionalis; nec semper tunc idem venditionis effectus est. An & in rem actio, &* universitas actionum, *&* incertum actionis *vendi possit?*

10. *Non potest vendi popularis actio, nec moribus nostris actio ad mercedem eorum; qui adhuc in India degunt.*

11. *Actio vendita cedi debet. Quo modo nunc cedendæ sint actiones seu partes societatis Indiæ Orientalis vel Occidentalis? Uti & actiones hypotheca immobilium munitæ?*

12. *Cedendæ emtori nominis actiones principales & accessoriæ contra fidejussores ac pro pignorum persecutione. An in emtorem actionis transeant privilegia actioni aut personæ cohærentia. An & jus paratæ executionis ex pacto competens? Quid si ex actione vendita jam aliquid pervenerit ad venditorem?*

13. *Quæ cedens agere aut pati tenetur, ea quoque cessionarius facere aut pati debet, etiam rationes, calendaria cedentis edere. An cessionarius etiam in cessis sibi actionibus uti possit suo privilegio personali ex suo capite? Notatur singulare jus fisci.*

14. *Venditor actionis an & quando teneatur præstare debitorem locupletem? Et quid si nomen sit venditum,* tanquam bonum?

15. *An post cessionem cedens adhuc agere possit, & in concursu cedentis ac cessionarii uter in agendo præferendus sit? An & quando debitor recte solvat cedenti ac liberetur, quando non; & quid moribus nostris?*

16. *An cedens revocare possit cessionem actionis venditæ aut donatæ, si cessionarius non pareat conditionibus appositis? An mutuo consensu cedentis & cessionarii cessio resolvi possit, invito debitore? Et an debitori sic pereat jus retrahendi actionem venditam, aut fisco suum tributum ex venditione debitum?*

17. *Quis potior sit, si eadem actio duobus separatim vendita ac cessa sit diversis temporibus?*

18. *Emtor nominis non plus exigere potest, quam quantum vere pretii nomine numeraverit, licet reliquum ei dicatur donatum esse a nominis venditore. Et quid moribus per cessionarium jurari debeat? An idem obtineat in datione in solutum? An in permutatione actionis?*

19. *Intra quantum temporis spatium retractus nominis faciendus sit?*

20. *Quando cesset jus retrahendi nomen venditum? Ubi de nominibus in hereditate vendita comprehensis; vel contentis sub vendita nominum universitate, seu vendito toto calendario; de venditis auctione publica; ac denique venditis tempore belli aut alterius calamitatis, unde periculum inanis actionis metuendum est.*

1. INter res incorporales, venditionem recipientes, præcipue hereditas & actio numeratur. Hereditas quidem non viventis, sed defuncti *l. 1. ff. h. t.* eaque vel directa, vel fideicommissaria, *l. si quasi heres.* 16. *ff. h. t.* Ad cujus distractionem inventarii confectione opus non est; eo quod tunc non hereditatis, sed rerum singularium hereditariarum videretur venditio, & perinde illud habendum esset, ac si res plures una fuissent venditione comprehensæ, arg. *l. qui filiifam.* 14. *§.* 1. *l.* 15. *ff. h. t.* Vendita vero hereditate licet emtor heres non fiat, dum is, qui semel heres extitit, non potest desinere heres esse, *l. ei, qui* 88. *ff. de hered. Inst. l. ait prætor* 7. *§. sed quod* 10. *in fine ff. de minor.* 25. *annis*, vicem tamen heredis sustinet, *l.* 2. *§. cum quis* 18. *ff. h. t.* cum id inter emtorem & venditorem actum intelligatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset, *l.* 2. *pr. & §. non tantum* 4. *ff. h. t.* ac proinde & lucrum omne & damnum hereditarium ad eum respiciat, *d. l.* 2. *§. sicuti* 9. *ff. h. t.* nisi quid nominatim exceptum fuerit; quo tamen casu id tantum in dubio penes heredem remanebit, quod exceptum fuit, non item res aliæ aliave jura, quæ rei exceptæ occasione quæsita sunt, *l. ult. ff. h. t.* uti ex adverso nec ea quoque onera, quæ rem exceptam comitantur, venditorem gravant, si ante venditionem jam cœperant esse debita: nam & si ædes vitiosæ exceptæ sint, quarum intuitu cautio damni infecti nomine præstita fuerat, ejus quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emtorem, alterius temporis ad heredem pertinere placuit, si non aliud actum appareat, *l.* 2. *§. si venditor* 14. *ff. h. t.* Adde *d. l.* 2. *§. apud Julianum* 12. 13. *ff. h. t.* His consequens est, ut omne illud, quod ad heredem vendentem pervenit a morte defuncti usque ad tempus venditionis, emtori præstari debeat, *l.* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* atque adeo omnia tradi corporalia, sive in hereditate reperta sint, sive, cum hereditati deberentur, per heredem exacta fuerint, *l.* 2. *§. pervenisse* 3. *l. qui filiifam.* 14. *§.* 1. *ff. h. t. l. qui nondum* 4. *C. h. t.* Actiones cedi tum principales tum accessoriæ, sive eas ipse acquisiverit, novatione facta, fidejussore, vel pignore accepto, aliisque modis; sive jam ante ipsi fuerint defuncto quæsitæ, *d. l.* 2. *§. pervenisse* 3. *& §. non solutum* 8. *ff. h. t.* ut eas deinceps emtor suo periculo sumtuque

exerceat, *l.* 1. *C. de eviction.* quibus tamen non cessis, utiles nihilominus actiones emtori accommodantur ex constitutione D. Pii, usque adeo ut in concursu emtoris ac venditoris reus conventus emtori solvere possit, venditore per exceptionem repellendo, *l. si cum emtore* 16. *ff. de pactis, l. emtor* 4. *C. b. t.* si modo actiones directæ, quarum loco hæ utiles subsidiariæ dandæ forent, ipsi defuncto competere inceperint: nam si per ipsum demum heredem hereditatis occasione acquisitæ sint, dum vel pignora aut fidejussores pro debito hereditario nactus est, vel pecunias hereditarias alteri credidit, & in eam causam pignora accepit, ne utiles quidem emtori hereditatis dandæ forent, sed omnimodo cessione opus est, arg. *l. si heres pecuniam* 73. *ff. ad Senatusc. Trebell.*

2. Præstat insuper venditor hereditatis damnum omne emergens, & lucrum omne cessans, quoties per dolum aut latam levemve culpam ejus id accidit, veluti si debitorem hereditarium acceptilatione liberaverit, vel id egerit, ne proprietas aut possessio acquireretur hereditati, cum adipisci potuisset, *l.* 2. *§. sed & si* 5. junct. *l.* 3. *ff. b. t. l. in illa stipulatione* 34. §. 1. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. sed & si* 25. *§. perinde* 8. & 9. *ff. de petit. hered.* Unde &, si venditor hereditatis cum debitore hereditario transegerit aut pactus sit sive ante venditionem, sive postea, sed antequam debitori innotuerat venditio, emtori adversus venditorem ex emto actio danda foret ad id, quanto minoris valet hereditas ob peremptum pacto vel transactione agendi jus; cum utique debitor, bona fide paciscens aut transigens cum venditore, possit sese propter ignorantiam suam adversus emtorem pacti vel transactionis exceptione tueri. Diversum plane foret, si post venditionem debitor venditionis haud ignarus, tamen cum venditore paciscendum duxerit, aut transigendum; cum enim dolo non careat, quod cum alio, quam ad quem ea res pertinet, transegerit, replicatione doli exceptio transactionis per emtorem elidi potest, *l. ult. ff. de transaction.* arg. *d. l.* 2. *§. sed & si* 5. *ff. b. t.* Sed &, si res hereditarias a venditore alteri distractas aut donatas concipiamus, si quidem id ante venditionem hereditatis factum sit, donatarum quidem justum pretium, venditarum vero pretium tale, quale inde bona fide redactum, etsi consumtum, emtori hereditatis præstandum est, *l.* 2. *§. pervenisse* 3. *ff. b. t.* sin post venditionem, antequam res ipsæ hereditariæ emtori hereditatis traditæ essent, ad id quod interest venditorem emtori hereditatis teneri constitutum est: cum enim venditor, antequam res hereditarias emtori hereditatis tradidisset, dominus earum esse perseveraverit, tradendo eas aliis dominium quidem transferre potuit; sed quia fidem contractus fregit, eum emtori hereditatis in pœnam perfidiæ ad id quod interest obligari, æquum fuit, *l. qui tibi* 6. *C. b. t. l. venditor.* 21. *ff. b. t.*

3. De jure accrescendi, utrum illud quoque in emtorem transeat, si forte ex parte heres hanc partem suam alteri distraxerit, ac postmodum alter coheres deficiat, a multis in varias itum sententias. Mihi inter ipsum accrescendi jus, & acquirenda ex eo jure emolumenta distinguendum videtur. Jus ipsum quod attinet, illud penes hereditatis venditorem etiam post venditionem remanere puto. Cum enim coheredi portio coheredis deficientis accrescere debeat, venditor autem non obstante venditione heres manserit secundum ante dicta, nec emtorem vendendo heredem fecerit, necesse fuit, ut ipse qua heres hoc jure gauderet; eo modo, quo & heredi fiduciario post restitutionem suæ partis accrescit portio coheredis postea deficientis, *l. Papinianus* 43. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Non obstante eo, quod nihil accrescat ei, cui ut indigno hereditas oblata est, dum tacite fidem de parte, in qua institutus est, incapaci restituenda accommodavit, *l. si totum* 83, *ff. de acquir. vel omit. hered.* (in qua lege *an* denotat *eam*, docente Cujacio *lib.* 2. *observ.* 7. & *lib.* 3. *observ.* 33.) Non enim accrescit, quia lex ipsa ei ademit hereditatis emolumenta, quatenus promiserat restitutionem, ipsumque etiam ante aditionem & vivo adhuc testatore indignum censuit, cui salvum esset ex aditione lucrum partis incapaci restituendæ: cumque jus accrescendi non alia ex causa competat, quam quia quis ex parte heres est, sequitur, eum, qui propter indignitatem ex ea parte, ex qua heres institutus erat, vere & cum effectu heres non est, (etsi forte de facto adivisset, imo adeundo heres effectus esset, nec perderet nomen heredis postquam ei res ita relictæ ablatæ sunt, *l. ex facto* 43. *§. Julius* 3. *ff. de vulg. & pup. substitut.*) non posse ullum sibi arrogare accrescendi jus. Quod & aperte satis Ulpianus in *d. l.* 83. significat, cum ait, *nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere:* neque enim is rem habet, cui illa in pœnam fidei tacite accommodatæ adempta est; licet eam naturaliter teneat, quamdiu a fisco vindicata non est; imo talis apertissimis verbis in petitione hereditatis non heredis, sed *prædonis loco intelligendus*, dicitur *l. prædonis loco* 46. *ff. de petit. hered.* Nec hisce repugnat, quod talis ad substitutionem impuberis admittitur, cum pater dixisset, quisquis mihi heres erit idem filio heres esto, *l. ex facto* 43. *§. Julius* 3. *ff. de vulg. & pupill. substit.* Id enim ita placuit, primo, quia alia impuberis hereditas est, diversa a paterna hereditate, *l.* 2. *§. illud potest* 2. *ff. b. t.* secundo, & quidem præcipue, quia ex tali substitutione venit ad impuberis hereditatem etiam ille, qui nunquam patris substituentis heres fuit, veluti servus alienus a patre institutus, qui jussu domini paternam adiens hereditatem, non sibi sed domino eandem acquirit, nec se sed dominum adeundo heredem facit: uti & illi, qui cum heredes patris substituentis extitissent, per motam contra testamentum querelam inofficiosi, aut per supervenientem servitutem, desierunt patris heredes esse, si modo postea libertate donati sint: sic ut ibi non tamen consideretur, quis patri re aut nomine heres fuerit, quam potius, quis a patre in testamento nominatus seu scriptus sit, *l. cum filio* 3. *l. qui liberis* 43. *§.* 3. *in fine ff. de vulg. & pupill. substit.* Ceterum quia venditor suam vendendo hereditatis partem effecit, ut emtor heredis loco esset, & ad eum omne pertineret juris hereditarii damnum lucrumque, *l.* 2. *§. sicuti* 9. & *§. cum quis* 18. *ff. b. t.* dum in hereditatis venditione id actum creditur, *ut neque amplius neque minus juris emtor habeat*, quam penes heredem futurum esset, *d. l.* 2. *in pr. ff. b. t.* consequens fuit, ut; quemadmodum omne emolumentum, hereditatis venditori ex aditione quæsitum, in emtorem transferendum fuit, ita quoque illud, quod ex jure accrescendi ad eum tanquam adhuc heredem pervenit aut

perventurum est. Neque enim inficias iri potest, quin pro parte heres jus illud accrescendi habeat qua heres nec alia ex causa, quam quia ex parte heres est, cui proinde parti spes & jus succedendi in alteram hereditatis partem, casu quo illa vacatura est, etiam eo ipso momento quæsitum fuit, quo suam ipse adivit partem, arg. *l. si ex pluribus* 9. *ff. de suis et legit. hered.* Nisi ergo ita statuatur, emolumento jus accrescendi ad emtorem pertinere, eveniret, ut minus juris penes emtorem foret, quam penes heredem esset futurum; contra *d. l.* 2. *pr. ff. h. t.* cum utique in jure accrescendi, quod heredi, qua tali, competit, non minima emolumenti pars sit. Facitque pro hac sententia, quod Ulpianus scripsit, *si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendiderat hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum non facere*, addita ratione, *quia alia hereditas est*, *l.* 2. §. *illud potest* 2. *ff. h. t.* unde a contrario concludendum, actioni ex emto locum fore ad id quod ex jure accrescendi ad venditorem pervenit, quia non alia, sed eadem unius hominis hereditas est. Facit insuper, quod, licet fiduciario heredi, qui coactus adiverat & restituerat, ipsum jus accrescendi competat, is tamen fideicommissario restituere teneatur quicquid ex jure accrescendi post restitutionem partis illius, quam compulsus adivit, consecutus est, *l. Papinianus* 43. *ff. ad Senatusc. Trebell.* a quo herede fiduciarie petitum argumentum tanto magis stringit, quod inter fideicommissarium & fiduciarium heredem, totam hereditatem aut partem suam totam restituentem, interponi solitæ fuerint stipulationes emtæ & venditæ hereditatis; quo efficiebatur, ut omnia eo haberentur loco, ac si fiduciarius fideicommissario hereditatem vendidisset: §. *ergo si quidem* 6. *Instit. de fideicommissar. heredit.* Nec movet, quod hic coactus adiverit, adeoque pactione tali tunc opus non sit, sed ipsum senatusconsultum onera transferat in fideicommissarium, *d.* §. 6. *in fine*, cum ita id tantum intersit, quod, ubi sponte aditio contigisset, ex pacto illud introducatur, quod in aditione coacta facit ipsum jus, nec de cetero quantum ad effectus ulla diversitas sit, sive pacto sive jure securitas fiduciario quæratur. Denique non facile quisquam emtori cum ratione denegaverit utilitatem & effectus juris accrescendi, nisi qui pariter existimaverit, etiam caduca legata & fideicommissa, quin & quartam Falcidiam ac Trebellianicam oportere penes hereditatis venditorem remanere, nec sequi emtorem; quæ quam sint aliena a juris fundamentis, satis manifestum est. Secundum hanc vero sententiam distinctione propositam, vulgaris sponte corruit objectio, jus nempe accrescendi ex pacto non acquiri. Etenim nec hereditas pacto quæritur; sed uti semel per aditionem quæsita vendi deinceps ac in emtorem transferri potest quantum ad omnia opera ac commoda emtori cessura, ita quoque jus accrescendi, non ex pacto sed aditione primitus quæsitum, dein pacto seu venditione transit in emtorem quantum ad effectus suos, juribus ipsis tum hereditatis tum accrescendi nunquam a venditore, velut in perpetuum herede, separandis. Collabitur & alterum, quod a Vinnio *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 55, aliisque dissentientibus obtenditur, quasi scilicet de jure accrescendi tempore venditionis non fuerit cogitatum, ea vero vendita non intelligantur, de quibus cogitatum non est, arg. *l. in lege fundi* 77. *ff. de contrah. emt.* Neque enim ullus ex parte ne res sine manifestissimo juris errore, non excusante sed nocente, ignarus esse potuit, spem illam accretionis sibi per aditionem, hereditatis sic esse quæsitam, uti ipsum jus hereditarium de præsenti pro parte quæsitum est, dum inest juri hereditario jus accrescendi, uti fundo vendito cohæret alluvionis jus, licet alluvionis sæpe minor quam accrescendi spes sit, unde alluvioni comparatum videmus ipsum accrescendi jus, *l. si Titio* 33. §. 1. *in fine ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Ne dicam, verum non esse per omnia illud, venditum non videri de quo cogitatum non est, neque id dictat *d. l.* 77. quippe quæ tantum habet, *neminem emere aut excipere quod non sit*, id est, quod non apparet, in rerum natura non est; unde & illic lapicidinæ, quæ tempore venditionis apertæ non fuerant, dicuntur non fuisse exceptæ, quia *nullæ sunt lapicidinæ, nisi quæ apparent & cæduntur*, *d. l.* 77. Et in summa, magis est, ut *d. l.* 77. pro nostra militet opinione. Scilicet uti fundo vendito omnia ea vendita censentur, quæ fundi sunt, nisi nominatim excepta sint; ideoque fundo vendito venditæ simul videntur latentes etiamnum lapicidinæ ac metallifodinæ, licet eas latere ignoretur, ac de his per contrahentes cogitatum non sit, *d. l.* 77. ita & hereditate vendita, venditum intelligi debet illud omne, quod hereditatis est; hereditatis autem est & ipsum jus accrescendi, ut ante probatum, ac proinde pro vendito habendum erit, etsi de eo contrahentes non cogitasse largiremur. Non etiam nostræ repugnat opinioni, quod venditor hereditatis non nomine tenus sed re ipsa post venditionem heres sit, quia, dum pretium habet, ipsam habere & possidere videtur hereditatem, *l. si quis pecuniam* 4. §. ult. *ff. si quis omissa causa testamenti ab intest. vel al. modo possid. hered.* Etenim *videtur* tantum habere per quandam juris fictionem, uti generaliter, qui rei pretium habet, rem habere videtur, re ipsa needum habet, arg. §. *si res aliena* 6. *in fin. Inst. de legatis*, in rei veritate magis emtor habet, quippe res ipsas hereditarias habens, tenens, possidens, de his suo disponens arbitratu, & ipsius hereditarii juris omnia commoda pariter ac onera sentiens. Sed & secundo, *possidere videtur* hereditatem is, qui vendit, in quantum eam, quam vendidit, adeundo adeptus est, ad oppositionem eorum, qui *dolo fecerunt quo minus possideant*, secundum verba legis, id est, eorum, qui non adiverant sed omiserant hereditatem sibi testamento delatam, ut eam vel ipsi vel alius deinceps adiret ab intestato, juxta tituli ipsius inscriptionem. Nec est quod regeras, fiduciarium quidem heredem post factam hereditatis restitutionem nomine tenus tantum heredem esse, omnia jura in fideicommissarium transivisse, venditorem vero hereditatis post venditionem adhuc oneribus hereditariis obnoxium existere, & usque adeo posse a creditoribus hereditariis judicio ad solvendum inquietari, ut ne emtor quidem invitus ab eo compelli possit ad excipiendas, quæ venditori moventur, hereditarias actiones, *l. ratio juris* 2. *C. h. t.* Etsi enim in eo tertio quædam inter istos duos differentia appareat, tamen quantum ad effectum emolumenti par utrobique ratio est, dum venditor hereditatis conventus a creditoribus hereditariis, ac

solvere compulsus, regressum adversus emtorem ac indemnitatem habet, & ita non suo sed emtoris periculo litigat ac convenitur. Nec facit, quod emtor forte posset non solvendo esse, & sic venditor in damno hærere; cum utique venditionis tempore venditor potuerit pacto id agere, ut sibi ab emtore eo nomine satisdetur, ac id non agens suæ debeat culpæ ac negligentiæ damnum tale acceptum ferre; quod tunc in jure nostro non intelligitur damnum esse, arg. *d. l. ratio juris* 2. *C. h. t.* junct. *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de regul. juris*. Leve quoque est; quod in quæstione, utrum hereditate vendita, ea quantitas spectetur, quæ fuit mortis tempore, an ea, quæ fuit, cum aditur hereditas, an ea, quæ fuit cum hereditas venundatur, ab Ulpiano responsum fuit, *id actum videri, ut quod ea hereditate pervenit, in id tempus, quod venditio fit id videatur venisse*, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Tempus namque venditionis illic spectandum dicitur, non ad excludenda commoda postmodum heredi obventura, sed ut includantur omnia, quæ forte intra venditionis & mortis tempus obvenerunt: quæ enim post venditionem commoda aut damna occasione rei venditæ superveniunt, emtorem ex communi emtionis natura sequuntur. Unde & eidem fundamento inhærens Ulpianus in *d. l.* 2. §. *non tantum* 4. *ff. h. t.* circa hereditatis venditionem definivit, *non tantum quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed & quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, & non solutum quod jam pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, emtori restituendum esse*. Denique nec illud valde stringit quod in emtione pretium rei venditæ respondere debeat, nec probabile sit, eum, qui forte ex quarta vel minore parte heres est, voluisse emtorem venditione partis istius minoris ex asse heredem facere, si alii deficerent, eo quod nulla tunc inter rem venditam pretiumque proportio foret. Non, inquam, satis urget, si consideres, inter omnes constare, in hereditate vendita locum non esse remedio, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* nec stolidis tantum (de quibus, *l. si heres* 3. *ff. ad leg. Falcid.*) sed & prudentiotibus accidere subinde posse, ut, quemadmodum hereditatem tanquam lucrosam adeunt, quæ ob emergentem deinde æris alieni molem damnosa apparet, ita & velut lucrosam pretio majore emant, ignorantes æs alienum latens, quæ exitu inspecto damnosa prorsus est: quo tamen casu venditionem ratam fore dubium non est, etsi nulla inter id, quod venditur, ac pretium proportio inveniatur; nisi quis pretii & damni ita emti proportionem justam putet.

4. Licet autem pro rerum singularium hereditariarum evictione venditor hereditatis obstrictus non sit, nec hereditatem locupletem præstare teneatur, nisi nominatim evictionis præstationem rerum certarum intuitu in se recepisset, vel de substantia seu quantitate hereditatis quid affirmasset; eo quod alioquin non rerum singularum sub hereditate contentarum, sed rei incorporalis, universi scilicet juris hereditarii sive lucrosi sive damnosi venditio facta creditur, *l.* 1. *C. de eviction. l.* 2. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *l.* 15. *ff. h. t. Vinnius select. quæst. lib.* 2. *cap.* 3. *versu, sed quid*, quin tamen *de facto suo venditor* satisdare, adeoque juris ipsius hereditarii venditi evictionem præstare teneatur, extra controversiam est, si forte illud in totum vel pro parte evictum sit, *d. l.* 2. *pr. l. quod si sit*, 13. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 1. *C. de eviction.* si modo aperte jus hereditarium distractum fuerit: nam si tantum venditum proponatur *incertum hereditatis*, & quasi spes ejus, dum id actum, *ut si quid juris venditori in ea hereditate competat; id veneat*, quamvis ad venditorem hereditas non pertineat, nihil tamen eo nomine emtori præstandum est, nisi venditor, sciens ad se non pertinere, tamen ita dolo distraxerit, *l. quod si in venditione* 10. 11. 12. 13. *ff. h. t.* Multum interim evictionis præstandæ intuitu refert, utrum distracta sit hereditas, quæ nuspiam apparebat, an talis quæ aliena erat, an denique ea, quæ venditori quidem quæsita fuerat, sed ex causa fideicommissi, cum illam ut directam vendidisset. Si enim intervenerit venditio hereditatis, quæ in rerum natura non est, veluti hominis adhuc viventis, evictio proprie præstandi non est, quia sine re, quæ veneat, emtio nulla aut venditio intelligi potest; sed pretium dumtaxat emtori reddendum, ac si quid in venditionem illam ipso jure nullam ab emtore impensum fuerit, & si quid amplius emtoris intersit, *l. cum hereditatem* 7. *l.* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* junct. *l. nec emtio* 8. *ff. de contrab. emt.* Sin vere appareat hereditas vendita, sed ad venditorem non pertineat, ipsa æstimanda, ac in ejus æstimationem venditor damnandus est secundum evictionis naturam, *l. quod si nulla* 8. *ff. h. t.* Quod si quis quasi heres directus hereditatem vendiderit, cum ei ex senatusconsulto Trebelliano restituta esset, quanti emtoris intersit, tenetur, *l. si quasi* 16. *ff. h. t.*

5. Sunt tamen nonnulla, ad quæ emtori hereditatis tradenda vel præstanda venditor obstrictus non est; veluti quæ nominatim pacto excepit, *l.* 2. §. *apud Julianus* 12. *& seq. l. ult. ff. h. t.* Nec id, quod occasione & sub prætextu hereditatis quasi debitum exegit, cum esset indebitum; quia hoc hereditarium non est, *d. l.* 2. §. *solet quæri* 7. *ff. h. t.* Nec, quid si pœnæ nomine a fure vel prædone ob furtum rerum hereditariarum consecutus sit, dum ipse furtum aut rapinam hereditariis in rebus passus est, *l. venditor ex* 21. *in fine ff. h. t.* secus si defunctus ipse hæc passus, & ita ipsi adhuc viventi actio pœnalis quæsita esset, arg. *l. pœnales* 32. *ff. ad leg. Falc.* cum enim ea ad venditorem, qua heredem, hereditario jure devoluta fuerit, sequitur, aut ipsam emtori cedi debuisse, aut pœnam jam exactam debuisse restitui; ne alioquin minus penes emtorem sit, quam penes venditorem, qua heredem, futurum esset, *contra l.* 2. *pr. ff. h. t.* Non denique hereditatem impuberis sibi ex substitutione pupillari quæsitam, cum patris substituentis hereditatem, ex qua ipse quoque scriptus erat, vendidisset, quia alia hereditas est, *l.* 2. §. *illud potest* 2. *ff. h. t.* nisi hoc nominatim actum fuerit, ut & impuberis hereditas veniret, *d. l.* 2. §. 2. si modo venditionis tempore pupillus mortuus sit; ne alias venditio incideret in prohibitam de successione tertii certi viventis pactionem. Nec est, quod quis existimet, ex eo, quod in *d. l.* 2. §. 2. dicitur, *maxime si hereditas pupillaris jam delata sit*, colligi posse, quod etiam de necdum delata, adeoque de ea, quæ pupilli adhuc viventis est, pactio talis addi posset. Non enim sequitur, pupillum adhuc superstitem esse, si hereditas ejus delata necdum sit; cum &, si sub conditione substitutio facta fuerit, hereditas necdum delata dici queat, utcunque pupillus jam fati munus impleverit. Sane, uti nullius ita nec pu-

pilli adhuc viventis hereditatem ullam esse, aut vendi posse, palam est ex *l.* 1. *ff. b. t.* Vinnius *de pactis cap.* 19. *n.* 9.

6. Sed uti venditor emtori ad plura tenetur, ita & vicissim emtorem venditori ad nonnulla præstanda obligatum esse, in aperto est. Aut enim hereditatis venditor necdum hereditario nomine quicquam impedit, aut ex adverso quædam jam solvit, aut aliter in hereditatem sumtus fecit. Si nondum quicquam ab eo in hereditatem erogatum, sed tantum judicio conventus fuerit, cum emtoris periculo lis agitanda sit, recte ab emtore desideraverit, ut is sui (venditoris) defensionem adversus hereditarios suscipiat creditores, *l. hereditatem* 28. *ff. de donat.* arg. *l.* 2. §. *ult. ff. b. t.* licet emtor invitus compelli nequeat a venditore, ut excipiat, aut in se transferat actionem venditori motam aut movendam, *l. ratio juris* 2. *C. b. t.* nec a creditoribus hereditariis recta via invitus conveniri, Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 16. *art.* 37. *num.* 14. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 3. quod tamen postremum nostris moribus mutatum esse, & creditoribus in emtorem actiones oportere dari maxime si venditor solvendo non sit, censet Christinæus *vol.* 6. *decis.* 67. *num* 4. & *seq.* Groenewegen ad *l.* 2. *C. b. t.* ad *l.* 28. *ff. de donation.* Invitos sane creditores hereditarios ad id constringi, ut emtorem conveniant, iniquum foret; quippe quibus jus agendi adversus venditorem, veluti ex aditione heredem, conventione privata emtoris ac venditoris adimi non potuit aut immutari, arg. *l. debitorum* 25. *C. de pactis*, *l. Imperatores* 3. *ff. de transact. d. l.* 2. *C. b. t.* Si tamen creditores contra emtorem actiones suas movere cæperint, & is spontaneâ voluntate eas exceperit, tacitæ pactionis exceptione in posterum se venditor tueri possset, quasi id actum esset, ne creditores ab eo petant, *l. post venditores* 2. *Cod. de pactis.* Adde *tit. de pactis, num.* 15.

7. Quod si e contrario vel ante vel post hereditatis venditionem in hereditatem sumtus fecerit, vel hereditaria solverit debita, id omne ab emtore per actionem ex stipulatu vel ex vendito repetere potest, *l. si ex pluribus* 18. *ff. b. t. l. ratio* 2. *C. b. t.* Ex vendito quidem, si nulla stipulatio inter emtorem & venditorem sit interposita, *l.* 2. §. *sive ipse* 11. *ff. b. t.* actione vero ex stipulatu, si intercesserint emtæ venditæque hereditatis stipulationes, quæ frequentes olim erant, quibusque id agebatur, ut quod venditor percepisset lucrum, emtori restitueret, & quod damnum passus esset, id emtor resarciret, §. *ergo* 6. *instit. de fideicommiss. hered. l. in illa stipulatione* 50. §. 1. *ff. de verb. obligat.* Confer Cujacium *lib.* 2. *observ.* 30. Quibus consequens est, ut recuperet, si quid vectigalium aut tributorum nomine dependerit, *l.* 2. §. *si quid publici* 16. *ff. b. t.* aut si quid in funus defuncti erogaverit, cum & ista impensa hereditaria sit, *d. l.* 2. §. *quod si funere* 17. *ff. b. t.* sed & si ex parte heres existens totum, quod a defuncto sub pœna debitum erat, solus exsolverit pœnæ evitandæ gratia, antequam coheredes ceteri hereditatem adivissent, nec postea ab his ob eorum egestatem recuperare potuerit quod supra suam præstiterat portionem, hoc quoque venditori per emtorem oportere refundi, velut hereditario nomine solutum, Julianus tradidit, *l. si ex pluribus* 18. *ff. b. t.* Quin imo, & si indebitum, quasi debitum hereditarium, a venditore solutum sit, ejus restitutionem emtori incumbere placuit, si modo venditor per sententiam judicis ad solvendum damnatus sit, non item, si citra judicis decretum sponte præstiterit, *d. l.* 2. §. *soletquari* 7. *ff. b. t.* Cumque hereditate vendita eo cuncta loco habenda sint, ac si non per venditorem sed emtorem ipsum aditio facta esset, rationi consentaneum fuit, venditorem jure petere, ut, quæ tum prædiales tum personales servitutes ei in rebus hereditariis competierant, & aditione adeoque confusione extinctæ fuerant, ab emtore redintegrentur, *l.* 2. §. *pen. ff. b. t. l. si ei* 9. *ff. commun. præd. tam urban. quam rustic.* atque insuper ea solvantur omnia, quæ venditori a defuncto vel ab herede ex voluntate defuncti debita, exsolvenda ei fuissent, si non ipse venditor sed extraneus hereditatem adivisset; si modo ejus debiti adversus heredem exactio competere potuerit, non item si morte extinctum sit, dum forte pœnale erat ex delicto descendens, *d. l.* 2. §. *cum quis* 18. *l. hereditatem* 24. *ff. b. t.*

8. Dicta hactenus de hereditate vendita locum habent, si privatus venditor sit: diversum ab hisce in nonnullis obtinet, ubi non a privatis, sed a fisco hereditas distracta est. Etenim hereditatis fiscalis emtor non ipse tantum actiones contra debitores hereditarios instituere debet: sed & vicissim eas, quæ a creditoribus hereditariis movendæ sunt, excipere in universum obstrictus est, nec fiscum venditorem iis respondere compellit, *l.* 1. *C. b. t. l. eum, qui* 41. *ff. de jure fisci.* De ipso vero hereditatis jure nullam ab alio controversiam patitur, nec hereditas ei potest in totum aut ex parte evinci; cum ementes a fisco statim securi sint, & fiscum ipsum vendentem convenire debeat, quisquis judicio contendere cupit, ad se venditam pertinere hereditatem, §. *ult. inst. de usucapion. l.* 1. 2. *C. de quadriennii præscript.*

9. Altera tituli pars est de actione vendita, qualis venditio non consentiente tantum, sed & invito ac reluctante debitore fieri potest, *l.* 1. *C. de novation. l. si nominis* 2. *C. de novation. l. si nominis* 3. *C. b. t.* Vide *tit. de procurator. muner.* 8. sive pura sit actio, sive ex die vel conditione suspensa: nam & actionem puram sub conditione, & conditionalem pure vendi posse constat: ut tamen non idem usque venditionis effectus sit. Nam si sub conditione debitum vendatur pure, emtio statim perfecta est, ac ad pretium solvendum obligatio nata, licet emtor existente demum conditione persequi possit quod nomine vendito comprehensum est; vel ob defectum conditionis omni careat persequendi potestate. Sin purum debitum sub conditione distractum fuerit; non ante venditio perfecta censeri debet, aut ad pretium inducta obligatio, quam si conditio extiterit, ex qua venditio suspensa erat, *l. nomina* 17. *l. multum interest* 19. *ff. b. t.* Neque interest, utrum in rem an in personam actio sit quæ venditur: licet enim directæ in rem actiones nulli competere possint, nisi ei, qui habet jus in re, & jure gentium vel civili dominus est; *l. in rem actio* 23. *ff. de rei vindicat.* & per actionis venditionem dominium rerum actione petendarum non acquiratur, *l. pen. C. b. t.* quia tamen utiles in rem actiones etiam non dominis competere posse, plenius *in t. de rei vindicat. num.* 21. fuit expositum, nihil vetat, quo minus & in rem actiones vendantur ad id, utilis saltem in rem actio per emtorem moveatur, atque ita quantum ad utiles actiones nulla inter in rem & in per-

sonam actiones differentia sit, *l. ult. C. h. tit.* Nec una tantum specialis actio, sed & actionum universitas recte venditur, veluti totum mercatoris calendarium (*'t gehele Schuldboek*), ita ut nominum omnium periculum in se emtor recipiat; quod subinde fieri, ubi mercator foro cessit, apparet ex Responsis Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 195. Quid quod & *incertum actionis*, eodem modo, quo etiam *incertum hereditatis*, vendi potest, adeo ut spes tantum distracta intelligatur, ac ne debitor quidem a venditore præstandus sit, quoties in bona fide est, *l. si nomen* 4. *in fine*, junct. *l. quod si in* 10. & *l.* 11. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 27.

10. Non tamen recte quisquam alteri popularem potest actionem distrahere, cum ante litem contestatam nemo inde creditor aut locupletior dici possit, & quivis ex populo æquali ad eam exercendam jure gaudeat, arg. *l. ut si cui* 12. *de verb. signif. l.* 2. *l. pen. ff. de popul. action.* post litem vero contestatam non minus actionis intentatæ quam rei alterius cujusvis litigiosæ alienatio reprobata sit, *l.* 2. & *tot. t. C. de litigiosis.* Moribus quoque nostris vetitum emere actiones competentes pro mercede eorum, qui adhuc in India degunt. *Artikel Brief van d'Oost-Indische Compagnie* 1672. *art.* 55. *vol.* 3. *placit. p.* 1318. item *van de West. Indische Comp.* 1675. *art.* 33. *d. vol.* 3. *pag.* 1350. item *Ordonnantie voor de West-Indische Comp.* 24. *November.* 1648. *art.* 74. *vol.* 1. *placitor. p.* 642.

11. Venditæ actionis effectus est, quod venditor eam actori cedere teneatur; plerumque quidem simpliciter, quandoque tamen etiam observatis certis solemnibus ac requisitis statutario jure inductis. Qua ratione si quis suam actionem, seu societatis Indiæ Orientalis aut Occidentalis partem alteri vendiderit, necessitas ei edictis Ordinum Generalium imposita transcribendi in emtorem apud acta societatis, seu in libris ac rationibus societatis, actionem venditam, intra dies quidem quatuordecim, a venditione celebrata, si eo in loco contractus sit initus, in quo transcriptio facienda est, intra mensem vero, si alio in loco; de quo novissime edictum Ordinum General. 18. *Sept.* 1677. *vol.* 3. *placit. pag.* 1307. Sed & actionis hypothecæ immobilium munitæ cessio per Hollandiam firma non est, nisi soluta fisco quadragesima coram lege loci, exemplo aliorum immobilium, facta sit. Ut tamen cessio censeri non debeat, si creditor hypothecarius debiti hypothecarii solutionem suo fieri creditori mandet, interveniente *assignationis* instrumento, ut vulgo loquuntur; cum ita non actionis, sed tantum recipiendæ solutionis, mandatum intercedat, neque ullum jus in re transferatur, nec periculum nominis ad eum, cui assignatio facta, spectet. Sande *de cession. action. cap.* 9. *num. ult.* Confer Resp. Jurisconsult. Holland. *par.* 5. *consil.* 179. 180.

12. Quamvis autem emtorem utilibus actionibus etiam sine cessione experiri posse placuerit, *l. emptor* 5. *l. postquam* 7. *l.* 8. *C. h. tit.* directæ tamen per venditorem emtori cedendæ sunt, tum principales tum accessoriæ, veluti ad persequenda pignora ac conveniendos fidejussores, si intercesserint in debiti principalis securitatem, sive ante sive post nominis venditionem venditori jus pignoris constitutum aut fidejussor datus sit, *l. emtori* 6. *l. venditor actionis* 23. *ff. h. t. l. si in solutum* 6. *l.* 7. *Cod. de obligat. & action.* arg. *l.* 2. §. *non solum* 8. *ff. h. tit. l. heres* 21. *pr. ff. de fidejussor.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 29. *defin.* 20. Adhæc actio de peculio & aliæ similes contra patrem, si adversus filiumfamilias debitorem actio distracta sit, *l. qui filiifamil.* 14. *ff. h. tit.* Quid, quod & una cum actione cessa in emtorem transeunt privilegia, ipsi causæ seu actioni cohærentia, arg. *l. si ventri* 24. §. *ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid.* quo fundamento adstructum fuit, privilegium actionis funerariæ etiam in cessionarium actionis istius videri translatum, *t. de relig. & sumt. funerum num.* 11. Adde Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 21. 22. Fisci quoque privilegium una cum actione per fiscum cessa in privatum transire posse patet ex *l. ult. C. de privileg. fisci*, *l. cum pro patre* 2. *C. de his qui in prior. credit. locum succed.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 26. *gloss.* 3. *num.* 28. Negusantius *de pign. & hypoth. quarto membro secunda partis num.* 107. *in fine.* Peregrinus *de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 54. Nec dubitandum videtur, quin & parata executio ex pacto descendens, quam actioni potius ipsi quam personæ cohærere certum est, cessionario æque ac cedenti atque paciscenti competere debeat, si modo de venditione actionis & cessione constet. Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 7. *defin.* 1. Fachineum *controv. lib.* 13. *cap.* 27. Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 80. *num.* 16. & *seqq.* Personalia plane privilegia cessione non transire, verius est, cum ita redderentur perpetua; quippe non intermoritura morte personæ privilegiatæ, a qua jam recesserant, atque ita vi & effectu degenerarent in privilegia causæ, quod absurdum, *l. ex pluribus* 43. *ff. de admin. & peric. tut. l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *ff. de reg. juris.* Quod si ex actione vendita ad venditorem quid jam pervenerit, sive per solutionem spontaneam, sive per exactionem, sive per compensationem, id totum emtori restituere compellitur, *l. venditor actionis* 23. §. 1. *ff. h. t.* arg. *l.* 2. §. *pervenisse* 5. *ff. h. t.*

13. Ceterum uti emtor nominis gaudet juribus jam enumeratis commodisque cedentis, ita ex adverso quoque ex ejus persona subit incommoda: nam & compensationem, quæ cedenti ante cessionem opponi poterat, cessionario opponi posse, probatum antea *t. de compensat. n.* 4. & *seq.* Nec infrequens est, licet non perpetuum, ut iisdem cessionarius repellatur exceptionibus, quibus & cedens repulsus fuisset, si ipse egisset; de quo latius *t. de exceptionibus.* Ac cessionarius tenetur ad edenda illa omnia, sive instrumenta, sive rationes, sive calendaria, aliaque similia, ad quæ cedens obstrictus fuit: actutus scilicet adversus cedentem ut is ea exhibeat, quo edi possint; ut dictum *tit. de edendo num. in fine.* Denique si quis non privilegiatus actionem suam cesserit privilegiato, cessionarius nullum ex suo capite privilegium in nominis istius exactione exercet, sed jure communi cedentis uti debet. Perquam enim durum foret, mutatione creditoris fieri duriorem causam aut debitoris, aut aliorum creditorum; & uti absurdum fuit visum, debitorum pactionibus tolli vel mutari creditorum petitionem, *l. debitorum* 25. *C. de pactis*, ita ex opposito iniquum etiam censeri debet, creditoris facto deteriora ac duriora reddi debitorum jura; maxime, cum non debet actori seu creditori licere, quod reo seu debitori non licet, *l. non debet* 42. *ff. de reg. jur.* & plerumque emtoris eadem esse causa debeat circa

petendum ac defendendum, quæ auctoris fuit, *l. invitus nemo* 155. §. *plerumque* 3. *ff. de reg. juris*, Mevius *ad jus Lubec. lib.* 3. *tit.* 3. *art.* 12. *n.* 83. 84. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 25. Nisi forte privilegium plane personale sit: quippe quo casu cessionarius sua personali prærogativa non videtur destituendus esse, uti hoc de fori privilegio studiosis ac miserabilibus personis indulto probatum fuit *t. de judiciis n.* 109. & 125. licet in miserabilibus personis aliud nostris moribus servari, in eodem *num.* 125. adnotatum sit. In fisco sane singularis omnino Romani juris definitio est: nam quanquam scriptum est, fiscum in privati locum succedentem privati jure uti, *l. cum quidam* 17. §. *fiscus* 4. *ff. de usuris*, *l. si sub pignore* 2. *C. de Usuris fiscal.* ab Ulpiano tamen adnotatum fuit, in *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*, fiscum, cum acquisito nomine in privati jus succedit privati jure *pro anterioribus suæ successionis temporibus* uti: ceterum, *postea quam succeßit*, habere privilegium suum. Verum illud anomalum prorsus esse & in eo contra generalia juris principia per Jurisconsultos fuisse fisci commodis deservitum, satis inde manifestum est, quod de tempore, ex quo fiscus suo uteretur privilegio, tantopere in *d. l.* 6. hæsitatum fuit, ac tandem definitum, non a tempore nominis acquisiti, sed demum ex quo fiscus convenit certum debitorem ac confitentem, privilegio respectu usurarum locum fore; privilegio vero prælationis ante alios creditores non nisi ex quo inter nomina debitorum relatum est nomen fisco quæsitum. Ut proinde nec in exemplum ista videantur trahenda, aut ad ecclesias porrigenda, licet id agat post alios Brunemanus ad *d. l.* 6. *ff. de jure fisci*.

14. Sciendum interim, sufficere in actione vendita quod venditor emtori debitorem præstet illius quantitatis aut rei, quæ expressa est: nam ut locupletem præstet, aut fidejussores, qui pro eo debito intervenerant, idoneos, aut pignora sufficientia, obligatus non est, *l. si nomen* 4. *l.* 5. *ff. h. t. l. si plus* 74. §. *ult. ff. de evictionib. l. periculum* 30. *ff. de pignorib. & hypoth.* Sande *de cessione action. cap.* 9. *num.* 19. 21. 26. Berlichius *decis.* 291. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 244. nisi aliud nominatim actum sit, *d. l.* 5. *ff. h. t.* vel dolo vendituris emtor circumscriptus sit, *d. l.* 74. §. *ult. in fine ff. de eviction.* quo pertinet, si mulier pro dotis restitutione debitorem egentem *decepta acceperit*, *l. si cum dotem* 22. §. *si mulier* 2. *ff. soluto matrimon.* Neque his obstat illud Gaji, quod is nullam videatur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est, *l. nam is* 6. *ff. de dolo malo.* Cum illud *videri* illic nota improprietatis sit, & nomen, quod nunc inane est, redeunte ad meliorem fortunam debitore, bonum fieri possit, & efficacem habere exactionem. Quod si nomen non simpliciter, sed *tanquam bonum*, fuerit divenditum, satisfecerit venditor, si illud venditionis tempore bonum præstet, nec eo nomine tenebitur, quod debitor postea facultatibus lapsus sit, cum ex ordinaria venditionis natura æque nominum ac rerum quarumvis aliarum periculum a tempore venditionis ad emtorem potius quam venditorem spectet, §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* Zypæus *notit. juris Belg. t. de hered. vel act. vend. in med.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 13. *n.* 7. *& seq.* Joh. a Sande *de cessione actionum d. cap.* 9. *n.* 27. 28. 29. Quid vero ob nominis evictionem emtori nominis præstandum sit, excutitur plenius *t. de eviction.*

15. Interposita venditæ actionis cessione, seu mandata actione, salvum nihilo minus cedenti ex jure Romano manet agendi jus, adeo ut debitorem non tantum ignarum cessionis factæ, sed & scientem ad solvendum adigere possit, & ille cedenti solvens liberetur a debito, si modo solvat, antequam ei a cessionario denunciatum fuerit, ne cedenti solvat; cedente interim obligato manente, ut, quidquid exegit nominis emtori præstet, arg. *l. procuratore* 55. *ff. de procurator. l. venditor actionis* 23. §. 1. *ff. h. t.* Ut tamen in concursu cessionarii quam cedentis conditio potior sit, cum in propriam utilitatem cessionarius experiatur, *d. l. procuratore* 55. *ff. de procurat.* unde & actionis mandatum revocari non posse in cessionarii præjudicium, verius est, arg. *d. l.* 55. & *l. quæ omnia* 25. *in fine ff. de procurat.* Nec ei adversatur *l. si delegatio* 3. *C. de novation.* Non enim illic venditio aut cessio actionis intervenerat, sed tantum debitor creditori suo adversus suum debitorem *solutionis causa mandaverat actiones*, quale mandatum solutionis exigendæ & accipiendæ seu *pecuniæ exigendæ*, (ut habet *l. non abstulit* 4. *eod. tit.*) a cessione actionis distinctum est, ac vulgo *nudæ assignationis* appellatione venit, & revocatione infirmari, adeoque exactio atque solutio inde facienda impediri potest, quamdiu res adhuc integra est, puta, cum necdum lis contestata, nec aliquid ex debito acceptum, nec debitori denuntiatum fuit, *d. l.* 3. Confer Ant. Fabrum *conject. lib.* 12. *cap.* 6. præcipue *n.* 6. Plane nostris moribus circa cessas actiones magis placuit, jus omne cedentis cessione extinctum esse, nec amplius cedentem, sed solum cessionarium, compellere posse debitorem invitum ad solutionem, licet necdum debitori denunciatio per cessionarium facta sit, ne solvat cedenti. Debitorem tamen cessionis ignarum, bona fide solventem cedenti, in totum liberari, arg. *l. ult. ff. de transaction.* non item, si ei per cessionarium jam fuerit denunciatum, ne solvat cedenti, arg. *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. obligari*, *l. ult. de lege commiss.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tr. de cessionibus art.* 2. *gloss.* 9. *in fine.* Lambertus Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 1. *num.* 5. *& seqq.* Groenewegen ad *d. l.* 3. *C. de novation.* Quin imo, si venditionis atque cessionis ignarus non fuerit debitor, denunciatio tamen per cessionarium ei necdum facta sit, ipsum quidem cum cedente non efficaciter transigere in aperto est, *l. ult. ff. de transact.* sed quo minus ei bona fide solutionem faciat, atque ita liberetur, nulla juris ratio vetat; cum utique ei solvat, cui obligatus fuit, nec ipsi factum tertii obesse queat, quamdiu denunciatio haud intercessit, arg. *d. l.* 4. *C. quæ res pignor. oblig.* & sibi cessionarius imputare debeat, si ob neglectam aut dilatam denunciationem in damno sit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 29. *def.* 18. Sed & post denunciationem recte solvi cedenti, quando ob utilitatem cedentis actio cessa est, observat Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 13.

16. Porro actionis cessionem seu mandatum in præjudicium cessionarii non posse revocari, usque adeo verum est, ut nec assentiendum sit Sandio *de cessione action. cap.* 12. *n.* 7. ac Mynsingero *cent.* 3. *observat.* 95. existimantibus, revocari posse cessionem actionis, quoties paritum non fuerit conditionibus

venditioni & cessioni nominis appositis. Nam etsi verum sit, donationes revocari posse, si per donatarium legi donationis obtemperatum non sit, *l. 1. C. de donat. quæ sub modo*, *l. ult. C. de revocand. donat.* id tamen ad conventiones onerosas, præcipue ad venditionis negotia producendum non est; quippe in quibus si alteruter contrahentium non impleat ea, ad quæ sese contractu devinxerat, repetitio translatorum denegata, & sola ad implendum contractum personalis actio adversus refractarium data fuit *l. incivile 12. C. de rei vind. l. pacto successorium 26. in fine C. de pactis*. Plane mutuo ementis ac vendentis consensu posse a cessione facta resiliri, etiam invito debitore, dubium non est, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eodem genere dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. juris*, & ratio nulla appareat, cur non æque a nominis venditione recedi possit invito debitore, ac ab initio venditio nominis eo dissentiente jure perficitur, ut ante dictum; cum utique nova videatur hoc modo venditio intercessisse: salvo tamen manente debitori suo jure retractus, si forte viliori pretio nomen distractum eodem sibi pretio emtum velit; de quo post: salvis quoque fisco suis juribus, ubi tale nomen est; ex cujus venditione quadragesima pretii fisco pendenda venit. Confer *t. præced. de lege commiss. num.* 24 Joh. a Sande *decis. Frisic. lib. 3. t. 7. defin.* 2.

17. Quod si duobus separatim diversis temporibus una eademque actio vendita ac cessa sit, censet Sande *de cess. act. cap.* 12. *n.* 8. ita demum eum, cui priori vendita ac cessa est, potiorem fore, si secunda cessio re non amplius integra interposita sit, dum prior vel litem contestatus jam fuerat cum debitore, vel denunciationem debitori fecerat, aut impetraverat partis solutionem; sed si nihil horum a priore factum sit, illum, qui primus unum ex his tribus fecerit, potiorem esse, arg. *l. 3. C. de novation.* Sed cum jam supra probatum sit, cedentem non posse cessionario invito cessionem revocare, nec in *d. l. 3.* de cessione, sed simplici *assignatione* seu pecuniæ exigendæ mandato agi, atque insuper moribus nostris jus omne cedentis pro extincto haberi post primam cessionem; magis est, ut hic idem, quod in re corporali duobus vendita Romanis placuit, admittatur; illum nempe, cui priori actio cessa est pretio soluto aut fide de eo habita, in exigendo nomine cesso oportere potiorem esse, maxime, quia cessio in actionibus traditionis loco est, *l. quoties 15. C. de rei vindicat.*

18. Quo vero magis turpes impedirentur litium redemtiones, Anastasii nec non Justiniani constitutionibus inductum fuit, ne emtor nominis a debitore plus exigat, quantum ipse in nominis emtionem erogavit, etiamsi venditor se partim vendere, partim donare, vel reliquum donare, professus esset; reprobata hoc in casu illata donationis cum venditione cumulatione; quippe quam non nisi in fraudem legis simulari præsumtio est, *l. per diversas 22. l. 23. l. 24. C. mandati.* Confer Lamb. Goris *advers. tract. 3. part. 1. cap. 4.* Et ne clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingatur, ac occultetur quod vere actum est, moribus nostris invaluit, conventum actione cessa debitorem protinus in ingressu litis desiderare posse, ut juret actor, quanto nomen pretio comparatum ab eo sit, Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. libr. 3. cap. 16. num.* 17. 18. Resp. Jurisc. Holl. *part. 5. consil.* 89. ut ita oblata eadem quantitate liberetur debitor, cujus lucro reliquum cedere vel inde patet, quod utrique tum emtori tum venditori actio ultra id, quod emtor dedit, denegata est, *l. ab Anastasio 23. §. 1. 2. C. mandati.* Neque hic suffecerit de pretii jurassæ promissione, sed quantum vere ac sine fraude numeratum ab emtore seu datum sit, *l. 24. Cod. mandati*, Resp. Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 34. num.* 1. Et quæ de venditione dicta sunt, in datione in solutum etiam obtinere verius est, cum & retractum in ea emtionis exemplo admissum esse, præcedente titulo dictum sit; & datio in solutum emtioni vim ac vicem habeat, nomenque tanto intelligatur distractum pretio, quanta est debiti quantitas, in cujus solutionem nomen cessum est, *l. si prædium 4. C. de eviction.* Quin & in permutatione reditus annui jus idem in Rhenolandia vigere patet ex Resp. Jurisc. Holl. *part. 1. consil.* 225.

19. Tempus quod attinet, in quibusdam locis venditi nominis retractus intra annum a scientia debitori competit; præcipue si reditus annuus, fundo vel ædibus impositus distractus sit. Roterodami non ultra sex septimanas durat retrahendi jus. Imo ubi statuta nihil de tempore definiunt, ejusdem pretii oblationem a debitore tunc fieri sufficit, cum primitus convenitur ad faciendam solutionem, Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 16. num.* 17. 18. Groenewegen ad *l. 22. C. mandati*, Leeuwen *cens. for. part. 1. libr. 4. cap. 20. num. 8. vers. debitor, & cap. 19. num.* 25.

20. Cessat hoc jus tantundem offerendi, seu retrahendi, si tempore venditionis nomen eodem pretio debitori oblatum sit, ac is emere detrectaverit, Grotius *d. cap. 16. num.* 17. 18. Groenewegen ad *d. l. 22. in fine*. Uti &, si actionum pluriu: universitas sit vendita, dum vel totum mercatoris calendarium distractum est, vel sub hereditate vendita plures actiones comprehensæ sunt: cum enim ex talibus nominibus alia possint bona esse, alia minus bona, alia prorsus inania ac mala, definiri nequit, quanti nomen unumquodque comparatum sit, ac proinde nec quantum reddi deberet per retrahentem. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. *consil.* 195. *pag.* 353. Non etiam ei locus est, quoties auctione publica nomen distractum ac plus licitanti addictum est, *d. consil.* 195. Adde *tit. præced. num.* 23. Nec denique, si reditus & nomina viliore pretio emta sint ob belli calamitates aliaque similia incommoda; sic ut emtor periculum subierit plenariæ amissionis; cum æquum sit commoda cujusque rei eum sequi, quem incommoda sequuntur, & penes eum spem lucri esse, penes quem damni metus est. In quam sententiam cum a variis Hollandiæ Jurisconsultis responsum esset, etiam decreto Ordinum Hollandiæ responsum illud confirmatum fuit; ac apprime locum invenit in nominibus provinciarum ac civitatum, difficillimis bellorum temporibus minoris emtis. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part. 5. consil.* 89.

TITULUS V.

De rescindenda Venditione, & quando liceat ab emtione discedere.

SUMMARIA.

1. *Quando possit mutuo consensu ab emtione recedi? an in præjudicium juris, quod tertio vel fisco ex venditione quæsitum est?*
2. *Quo modo per acceptilationem ex uno latere factam resolvatur utrimque obligatio ex venditione perfecta? Quid juris, si quis id, quod prius pure emit, postea emat sub conditione?*
3. *Recensentur causæ, ex quibus, invito alterutro, venditio resolvi potest, præcipue enormis læsio.*
4. *An propter enormem læsionem condictio ex lege movenda sit, an vero restitutio in integrum petenda? An magis actio ex emto vendito instituenda sit? Quid moribus? Et intra quod tempus?*
5. *Habet locum* l. 2. C. de rescind. vend. *sive emtor, sive venditor læsus sit. Quando emtor intelligatur læsus ultra dimidium justi pretii? An hoc remedium heredi, & in heredem detur? An debitori, si creditor pignus vendiderit?*
6. *An hoc remedium detur adversus tertium, in quem emtor rursus rem alienavit? & quid si emtor secundus in bona fide sit, vilioris tamen emerit?*
7. *Cui incumbat probatio in quæstione læsionis? cujus temporis pretium inspiciendum sit? an considerandum sit pretium affectionis? an, quod thesaurus in fundo vendito repertus sit?*
8. *Si reus conventus eligat resolutionem contractus ob enormem læsionem, an impensæ in rem emtam per emtorem factæ restituendæ sint?*
9. *An laudemia, & alia, dominis directis aut fisco soluta pro venditione, restituenda sint per dominum directum aut fiscum? An iterato solvenda pro resolutione contractus? An emtor, si laudemia & alia soluta repetere nequeat ab illis, quibus solvit, ea repetere possit ab ipso venditore?*
10. *An pretium cum medii temporis usuris, & an res cum medii temporis fructibus restitui debeat? prolixe discutitur.*
11. *An præstandæ sint usuræ pretii superflui, quod reddendum, vel ejus quod in supplementum pretii vilioris addendum est, casu, quo venditio ob læsionem non resolvitur?*
12. *An hoc remedium etiam locum habeat in mobilibus pretiosioribus?*
13. *Habet etiam locum hoc remedium in ceteris bonæ fidei judiciis, quæ emtioni similes; puta permutatione, datione in solutum, locatione, emphyteusi: at non in permutatione beneficiorum ecclesiasticorum.*
14. *Non etiam in commodato &. similibus; nec in negotiis stricti juris. Quid moribus?*
15. *Cessat hoc remedium in hereditate, & alea vendita; in vendito jure aperiendi lapicidinas aut metallifodinas; venditione fructuum nasciturorum, aut ususfructus, aut reditus vitalitii, uti & in contractu assecurationis?*
16. *Cessat, si testator jusserit testamento rem vendi certo pretio, sive sciverit sive ignoraverit verum pretium. An habeat locum, si judicis jussu solenniter venditio auctione publica facta sit? An, si tantum auctione publica sed sine judicis auctoritate, ex domini voluntate venditio instituta sit? an, si magistratus decreto res minorum vendita?*
17. *Cessat, si quis sciverit verum rei pretium, cum pluris emeret, aut venderet minoris.*
18. *Item, si quis specialiter huic remedio renunciaverit, vel pactum sit appositum, ut pro donato haberetur quicquid infra vel supra justum pretium apparet datum.*
19. *An locum habeat, si res sine culpa emtoris perierit? Quid Juris, si emtor eam majore pretio vendiderit tertio, antequam casu interiret?*
20. *An emtor uti possit remedio* l. 2. *si ipse rem rursus alteri vendiderit?*

1. QUemadmodum emtio venditio quibusdam ex causis ab initio nulla est, veluti ob dolum huic contractui causam dantem, nec non multifariam ob errorem, de quibus alibi; ita & quæ ab initio substitit subinde infirmatur, idque vel mutuo consensu, vel ad unius petitionem altero invito ac repugnante. Utriusque voluntate resolvi potest secundum vulgatam regulam in *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*, *§. ult. Instit. quib. mod. toll. oblig. l. cum emtor* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* si modo perfecta tantum fuerit venditio, necdum ab alterutro latere per rei traditionem aut pretii numerationem impleta; atque insuper in nullius tertii fraudem ab emtione discedatur. Nam si ex uno latere implementum secutum esset, in irritum deduci contractus haud posset, nisi concurrente pretii soluti aut rei traditæ restitutione. Sin utrimque venditio ita jam consummata sit, ut nulla ulterior ex emto aut vendito supersit obligatio, resolvi utriusque voluntate non potest vinculum, quod solutione jam ipso jure dissolutum est; sed nova potius emtione res vendita ad pristinum deberet venditorem reverti, *l. ab emtione* 58. *ff. de pactis*, *l.* 1. 2. *C. quando liceat ab emtione discedere.* Sed &, si tertio ex venditione perfecta jus quæsitum fuerit, nec tunc venditionis resolutio in ejus præjudicium recte sit. Qua ratione & fisco suum quadragesimæ jus semel quæsitum manebit intactum, & agnatis aliisque similibus retractus exercendi facultas illibata, utcunque fuerit utriusque voluntate ab emtione discessum, ut dixi *tit. de lege commissoria num.* 24. Adde *edictum Ordinum Holland. de quadragesima & vicesima* 16. *Aprilis* 1671. *art.* 34. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1012.

2. Censetur autem mutuus ille utriusque consensus in venditionis resolutionem etiam tunc interpositus, cum ab uno latere acceptilatio intercessit: quoties enim vel emtor venditori, vel emtori venditor, acceptum facit, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, & perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, *ut neuter ab altero quicquam peteret.* Qualem tamen acceptilationem in hac causa *non sua natura sed potestate conventionis valere*, Julianus ait, *l. cum emtor* 5. *ff. h. t.* & merito: nam cum ea acceptilationis natura sit, ut solam ipso jure dissolvat contractam verbis obligationem, *§.* 1. 2. *Instit. quib. mod. tollitur oblig.* sequitur, eam aliorum contractuum intuitu inutilem esse; sed quia acceptilatio inutilis continet nihilominus pactum u-

tile, *l. an inutilis* 8. *ff. de acceptil.* is, qui acceptilatione inutili liberatus est, vel doli vel pacti exceptione se potest tueri, *l. si accepto latum* 19. *ff. de acceptilat.* atque ita verum est, in hac quoque emtione, non verbis sed consensu contracta, acceptilationem *non sua natura*, sed *potestate conventionis*, id est, pacti de non potendo valere, *d. l.* 5. *ff. h. t.* Quod autem acceptilatio ab uno tantum latere interposita obligationem utrimque perimit, ejus illa ratio est, quia, licet communi consensu recedi a parte venditionis possit, sic ut ex uno latere vel aucta vel diminuta intelligatur obligatio, *l. juris gentium* 7. §. *adeo autem* 6. *ff. de pactis*, *l. si emtio* 4. *ff. h. t. l. pacta conventa* 72. *ff. de contrah. emt.* tamen secundum Pomponii sententiam *pro una parte contrahentium abiri pacto ab emtione non potest*, nec id agi, ut unus tantum obligatus maneat, *l.* 1. *ff. h. t.* Plane si non amplius in nudis conventionis terminis consistat emtio locatio similesque initi consensu contractus, sic ut etiamnum utrinque supersit obligatio, sed jam ex uno latere res intercesserit, seu, traditione rei vel pretii numeratione implementum ex uno latere jam subsecutum sit, nihil obstaret, quo minus per interpositam ex uno latere acceptilationem resolvatur quoque obligatio ex eo solo latere, ex quo etiamnum superstes est, *l. ult. ff. de acceptilat.* Confer Zangerum *de exceptionibus part.* 3. *cap.* 4. Quod si id, quod quis pure emit, sub conditione rursus emat, nihil agi posteriore emtione, Paulus monet *l. si id quod* 7. *pr. ff. h. t.* quod non eo sensu accipiendum puto, quasi venditio maneret pura: sed potius, quod existente conditione eadem emtio sit, quæ prius intercesserat, in quantum post conditionis eventum nihil aliud in posteriore, quam in priore venditione, comprehensum est: neque enim ulla ratio facit, quo minus mutuo contrahentium consensu ex conditione suspendatur, quod ab initio pure contractum fuit, ut notat Brunnemannus *ad Pand. d. l.* 7. *ff. h. t.*

3. Invito contrahentium altero licet perfecta venditio ne ex rescripto quidem Principis infirmanda sit, *l. de contractu* 3. *C. h. t.* tamen rescissio ejus variis ex causis fit, puta, ex legis dispositione, dum forte curiales furtim sua bona vendiderunt, ut imposita munera civitatum fuga destituant, *l. pen. C. h. t.* vel pater in casu necessitatis filium sanguinolentum distraxit, quippe quem emtor oblato pretio vel mancipio vicario dimittere emtor invitus compellitur, *l.* 2. *C. de patribus qui filios suos distrax.* Sed & ex edicto ædilium propter vitium morbumve resolvi venditionem per actionem redhibitoriam, dicetur *tit. de ædilit. edicto*. Ac denique per sententiam judicis ob enormem potissimum læsionem, quæ est ultra dimidium justi pretii, licet dolus desit ex proposito. Nam etsi naturaliter liceat in pretio contrahentibus se circumvenire, neque propter minimam causam seu læsionem res bona fide gesta inemta fieri debeat, *l. rei bona fide* 54. *ff. de contrah. emt. l. in causæ* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, tamen cum apparente enormi læsione res ipsa dicatur in se dolum habere, *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verb. oblig.* locus est remedio legis 2 *C. h. t. de rescind. vend.* ex quo non præcise ad contractus rescissionem agitur, sed magis alternatim ad id, ut, arbitrio & electione rei hoc judicio conventi, vel emtio dissolvatur reddito pretio & restituta re distracta, vel iniquitas pretii corrigatur, ad veram usque æstimationem rei supplendo illud aut diminuendo, *d. l.* 2. *C. h. t.* Ant. Faber. *Cod. libr.* 4. *tit.* 30. *defin.* 21. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c. ult. in pr.* Carpzovius *defin. for. p.* 2. *constit.* 34. *defin.* 7.

4. Qua vero actione experiendum hoc casu sit, non expeditum satis; dum nonnullis placet ex lege condictio, quasi per *d. l.* 2. nova actio inducta esset, nec tamen expressum nomen actionis, arg. *l. unic. ff. de condict. ex lege*, aliis extraordinaria restitutionis imploratio necessaria visa fuit; quod & moribus hodiernis probatum ac praxi firmatum est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap. ult.* Ant. Faber. *d. libr.* 4. *tit.* 30. *defin* 21. Groenewegen ad *l.* 2. *C. h. t.* Sed ex juris Romani principiis hanc in rem rectius actiones ex emto aut vendito diversis comparatam fuisse. Præterquam enim, quod novum non sit, utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtionem, *l. ex emto* 11. §. *is, qui vinum* 6. *ff. de action. emti*, & ad emendandam pretii iniquitatem, si animi vitiis, aut morbis corporis vitiisve patentibus res emta laboret, *l.* 1. §. *penult. in fin.* & §. *ult. l.* 2. 3. 4. *ff. de ædilit. edict.* constat insuper, jam olim ante *d. l.* 2. *C. h. t.* (cujus auctores Diocletianus & Maximianus imperitarunt post excessum laudatorum in Pandectis Jurisconsultorum) læsionem enormem non modo improbatam fuisse, sed & remedia adversus eam fuisse data *l. jure succursum* 6. §. *ult. ff. de jure dot. l. in proposita* 78. *l.* 79. *ff. pro socio.* Corrigenda scilicet fuit iniquitas manifesto apparens, *per judicium bonæ fidei*, ut Paulus ait in *d. l.* adeoque intentata actione pro socio, ex emto, vendito, aliaque simili, prout vel in societate, vel in emtione venditione gravem intervenisse læsionem probari potuerit, ut judex ex natura actionum bonæ fidei æstimans ex bono & æquo etiam extra conventionem partium, quantum actori tribuendum sit, reducat non observatam in contrahendo æqualitatem. Ne dicam, ipsam quoque electionem, an is, qui rem viliori pretio æstimatam habet, eandem restituere, an pretium magis supplere, malit, jam Ulpiani tempore notam fuisse, *l. si res æstimata* 12. §. 1. *ff. de jure dotium.* Quibus consequens est, in *d. l.* 2. *C. h. t.* nihil aliud novi fuisse inductum, quam quod definitum sit, eam esse enormem læsionem, quæ ultra dimidium justi pretii est, cum id antea magis arbitrio judicis relictum esset. Estque ex hoc, ut opinor, fundamento, quod, licet moribus restitutionis auxilium secundum jam dicta implorari soleat, restitutionis tamen petendæ licentia quadriennio vulgato circumscripta non sit, sed ad exemplum personalis ex emto actionis integris annis triginta durent. Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 4. *defin.* 11. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap. ult. num.* 16. 17. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *n.* 53. *in fine*, licet alia tempora alibi definita esse tradat Perezius *C. h. t. n. ult.*

5. Inter emtorem & venditorem quantum ad hoc adversus læsionem remedium nihil interest. Quanquam enim in *d. l.* 2. *C. h. t.* tantum venditoris læsi mentio est, tamen & in emtoris persona eadem æquitatis ratio militat & æque principalis, ac ex negotio bonæ fidei descendens, utriusque tum emtoris tum venditoris obligatio sit, & in omnem eventum condonandum magis emtori sit circa rei emendæ ve-

rum pretium erranti, quam quidem venditori dominium habenti, dum quisque suarum magis quam alienarum rerum pretia novisse & potest & debet, *l. quisquis* 15. *C. h. t.* arg. *l. generaliter* 24. §. *si quis alienum* 12. *ff. de fideicommiss. libert.* Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 16. Pinelius *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 1. Donellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vendit. num.* 17. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 34. *defin.* 8. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 14. Videtur autem emtor læsus ultra dimidium, non modo, si verbi gratia rem decem aureis valentem comparaverit aureis viginti & uno; sed &, si sexdecim aureis emta sit. Cum enim in omni eo læsio sit, quod a justa recedit pretii cum re proportione, inficias iri nequit, quin, uti venditor ultra dimidium læsus intelligitur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit, adeoque minus quam quinque, ubi pretium justum decem aureorum est; ita quoque emtor ultra dimidium læsus dici debeat, si supra verum decem aureorum pretium amplius quam quinque venditori præstiterit. Emtoris sane ac venditoris parem in emtionis contractu obligationem esse, & venditori quidem loco rei decem valentis ac ex patrimonio venditoris abeuntis, decem in pretio acquiri, emtori vero per decem aureorum, tanquam pretii justi, solutionem patrimonium diminuenti, alia decem in re vendita tanti valente accedere debere, explorati juris est; cum ergo uterque utrique ad eandem quantitatem sive in re sive in pretio obligatus sit, iniquum esset, unum magis quam alterum sine juris remedio aut inæqualitatis emendatione in damno hærere; quod tamen eveniret, si venditori infra aureorum quinque quantitatem accipienti pro re decem aurei valente succurrendum esset, non item emtori ultra aureos quinque supra verum decem aureorum pretium solventi æque ita parem seu ejusdem quantitatis læsionem cum venditore subeunti. Quibus accedit, quod hujus legis remedium etiam in permutatione locum habet, ut post dicetur; idque, quia permutatio emtioni similis est, ac proinde, ut ex utriusque permutantis latere æqualis quantitatis læsio remedii hujus auxilium admittit, ita quoque nulla ratio est, cur non æqualis quantitatis læsio in emtione æque emtori, ac venditori, præberet hujus remedii implorandi facultatem. Et hanc communiorem fuisse veterum opinionem plerique fatentur, licet ipsi dissentientes Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 16. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 73. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 6. Donellus *ad l.* 2. *C. h. t. n.* 17. eamque tuetur post Glossam & alios, ac magis in foro receptam testatur Covarruv. *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 3. num. 9. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 14. Heredibus tum venditoris tum emtoris hoc remedium competere, licet defunctus non tentaverit, vix dubitari potest, si consideres, juris ejusdem ac potestatis heredem esse, cujus defunctus fuit, *l. heredem ejusdem* 59. *ff. de reg. juris.* Sive enim actionem ex emto hic admiseris, ea ex juris principiis heredi ac in heredem datur; sive restitutionis auxilium implorandum fuerit, & hoc ne minorennium quidem heredibus, si ex capite minorennitatis petatur, denegari potest ex *l. minor autem* 18. §. *ult. l.* 19. *ff. de minor.* 25. *annis.* Gothofredus *in not. ad l.* 2. *C. h. t.* Et quia creditor pignus vendens debitoris vices gerere videtur, sic ut & debitor ex pactis venditioni pignoris per creditorem adjectis agere adversus emtorem possit etiam ad rei ipsius restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset ac refuso pretio restitutionem rei pactus esset, *l. si creditor* 7. §. 1. *ff. de distract. pign. & hypoth. l. si, cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* ipsi quoque debitori hoc remedium jure assertum est. Pinellius ad *l.* 2. *Cod. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 1. *& seqq.*

6. Utitur hoc legis secundæ remedio læsus emtor aut venditor adversus eum, quocum contraxit, sive emtorem sive venditorem; non item adversus tertium, in quem forte emtor rursus rem alienavit; cum personalis sit hæc actio ex contractu quippe nata, etiamsi ex praxi restitutio in integrum simul concurrat, Gomesius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *in med.* Nisi emtor paupertinus sit, &, cum vilioris emisset, rursus dolo malo in fraudem venditoris minori itidem pretio distraxarit, emtoremque secundum fraudis participem fuisse probari possit, arg. *l.* 1. *C. si venditio pign. agatur, l. si procuratorem* 8. §. *sed & si* 1. *ff. mandati.* Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 18. Covarruvias *var. resol. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 10. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 172. Sed &, si fraude emtorem secundum carere constet, iniquum tamen fuerit, eum cum primi venditoris jactura locupletari; ac proinde mediante saltem in integrum restitutione venditori primo adversus emtorem secundum succurri, æquitas postulat, ubi emtor primus solvendo non est, arg. *in causæ cognitione* 13. §. *ult. l.* 15. *ff. de minor.* 25. *annis, l si suo rtua* 3. *C. si vendito pign. agatur.* Nec perperam forte ad actionem Paulianam refugium venditori primo læso concesseris; in quantum emtor primus in fraudem venditoris rem vilioris iterum vendens secundo, intelligi potest eatenus donationem contulisse in emtorem secundum, quatenus infra verum pretium consulto distraxit; fraudem vero accipientis actio Pauliana non desiderat, quoties donationis jure res in fraudem creditorum alienatæ sunt, dum melior in pari causa est conditio agentium de damno evitando, quam eorum, qui de lucro captando agunt, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Tiraquellum ad *l. si unquam C. de revoc. donat.* verbo *revertatur n.* 329. Covarruviam *d. lib.* 2. *c.* 3. *n.* 10. Berlichium *decis.* 157. Neque his adversantur ea, quæ a Pinello ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 32. & Fachineo *d. lib.* 2. *cap.* 18. in contrarium adducta sunt. Etsi enim tunc, cum fraus emtoris concurrit, rescissionem venditionis pignoris per creditorem dolo malo factæ impetrari posse rescriptum si in *l.* 1. *C. si vend. pign. agatur*, non tamen negatur, rescissionem concedi, si emtor in dolo non sit; ideoque ex *d. l.* 3. *C. eod. t.* generaliter rescissionem indulgente, si creditor vendens solvendo non sit, suppleri debet, quod d. lege primæ deest. Longe minus urget, *l. æris* 15. *C. de donation.* quippe quæ simpliciter definit, onere æris alieni non donatarium, sed heredem donantis gravari; non vero negat, infirmari posse donationem in fraudem creditorum factam, si donator, ea ratione solvendo non sit.

7. Porro læsionis enormis probatio actori incumbit, cum facti sit, neque in contractibus utrimque obligatoriis læsio præsumatur. Ac considerandum pretium, quod venditionis tempore justum fuit in eo lo-

eo, in quo venditio celebrata est, non quod hoc tempore, quod agitur, rei respondet, *l. si voluntate* 8. *in fine C. h. t.* ne alias infirmæ multifariam redderentur venditiones, dum & varia sunt rerum pretia per singulas civitates, *l. ideo* 3. *ff. de eo quod certo loco*, & in dies pro variante hominum opinione, rerumque penuria vel abundantia, aliisque circumstantiis, pretia crescunt ac minuuntur, *l. pretia rerum* 63. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* ut merito Seneca dixerit, *pretium cujusque rei pro tempore esse, lib.* 6. *de benef. cap.* 15. Pretium autem an justum an injustum sit, ex qualitate rei, ac redituum quantitate, æstimandum est, *l. si quos* 16. *C. h. t. l. pen. ff. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt, &c.* Non item ex peculiari, qua quis in rem venditam ducitur, affectione, arg. *l. in lege Falcidia* 62. §. 1. *l. pretia* 63. *ff. ad leg. Falcid.* Covarruvias *var. res. lib.* 2. *cap* 3. *num.* 4. Uti nec ex eo, quod in fundo minoris forte pretii post venditionem thesaurus repertus sit; cum neque pars fundi neque fructus fundi dici queat, *l. fructus* 7. §. *si fundum* 12. *ff. soluto matrimon.* sed magis *donum fortunæ & Dei beneficium*, ac *munus loci* credatur esse, *l. si is, qui* 63. §. *si communis* 1. *ff. de acquir. rer. domin. l. unic. C. de thesauris.* Sixtinus *de regalibus lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 43. 44.

8. Quod si reus hoc conventus judicio eligendam duxerit emtionis totius resolutionem, res quidem ipsa ex uno latere, pretium vero, quod datum fuit, ex altero latere restituendum est, *d. l.* 2. *C. h. t.* Sed & si quas impensas medio tempore emtor bona fide in rem emtam necessario aut utiliter erogaverit, harum quoque restitutionem oportere fieri verius est. Si enim tunc, cum minor adversus rei suæ venditionem ex capite minorennitatis restituitur, reddere emtori teneatur, quæ ab eo interim impensa sunt, utcunque favorabilis alioquin & ætas & causa minorum sit, *l. intra utile* 39. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si prædium* 16. *in fine*, *C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien.* Si & is, qui rem in diem addixit, resoluta venditione per allatam conditionem meliorem, necessario erogata restituere compellatur, licet emtor impendens sciverit a se facile addictum posse dominium abire, *l. Imperator* 16. *ff. de in diem addict.* Si denique fiduciario heredi, qui fideicommisso ex certo die gravatus est, reddi debeat quod in ædium exustarum instaurationem depensum est, tametsi sciebat se temporarium tantum dominium habere, *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars* 1. *ff. de condict. indeb.* quidni eodem imo majori jure post resolutam ex enormi læsione venditionem emtor recuperet meliorationes, quas bona fide in rem, plenissimo perpetuoque dominii jure ex causa emtionis sibi quæsitam, a se factas docet? Ne dicam, parem hoc in casu rationem esse hujus sive actionis ex emto sive restitutionis ob enormem læsionem, quæ redhibitoriæ actionis est, in quantum utrobique ab initio dominium ea mente in emtorem translatum & ab eo acceptum fuit, ut apud eum perpetuo maneret, nunquam ab eo nisi ex nova voluntate novaque causa abiturum; utrobique tamen idem illud dominium postea ob detectam, quæ tempore venditionis ignorabatur, læsionem revertitur ad venditorem resoluta venditione; (nam & in emtione rei, quæ propter latens vitium ne emenda quidem per scientem fuisset, læsionem esse non ambigitur) & tamen actione redhibitoria non pretium tantum, sed & impendia in rem vitiosam facta per redhibentem recuperari, colligi potest ex *l. debet autem* 27. *l. illud sciendum* 29. §. *ult. l.* 30. §. 1. *l.* 31. *pr. ff. de ædilit. edict.* Confer Pinellum *ad l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. *& seqq.* Garsiam *de expensis & meliorat. cap.* 18. *num.* 13. Fachineum *controv. lib.* 2. *cap.* 20. *in pr.*

9. Quia vero sæpe venditionis intuitu laudimia dominis directis feudi & emphyteuseos, quadragesima aut alia pretii pars (*gabella* vulgo) fisco pendenda est, ac plerisque placet solutas fisco gabellas ob resolutam ex enormi læsione venditionem non posse repeti, licet ob rescissionem ex hac causa iterato solvendæ non sint, ut pote ex contractu, at non ex distractu debitæ: idemque nonnulli in laudimiis oportere statui arbitrantur, etsi alii dissentiant; de quibus vide Garsiam *de expens. & meliorat. d. cap.* 18. *num.* 46. *& seqq.* Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 35. Gomezium *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 31. consequens est, ut dicamus, toties, quoties fisco vel dominis directis pro venditione depensa post resolutam hoc remedio venditionem a fisco dominisve reddi non debent, venditorem emtori cum aliis in rem emtam erogatis hoc quoque oportere refundere, ut emtor indemnis sit, arg. *l. debet autem* 27. *in fine ff. de ædilit. edict.*

10. Fructus quod attinet, si quos medio tempore ante litem contestatam emtor perceperit, restituere non cogitur, sive jam consumti ante fuerint, sive litis contestatæ tempore etiamnum extiterint; cum eos emtor non ut possessor bonæ fidei, sed ex dominii jure, suos fecerit: uti ex adverso nec usuræ pretii restituendæ sunt, nisi a tempore litis contestatæ, sed magis cum fructibus penes emtorem remanentibus compensandæ, cum altum in *d. l.* 2. *C. h. t.* & in toto jure nostro, de fructuum aut usurarum restitutione post resolutam ex læsione enormi venditionem silentium sit; etiamsi propter rei ac pretii inæqualitatem fructus quoque non satis usuris ex pretio percipiendis plerumque respondeant. Nam si venditorem læsum ponas, & emtorem ab eo conventum prætulisse contractus dissolutionem, fatendum quidem, illum fructus retinentem plus probabiliter habiturum, quam si iisdem redditis vicissim pretii vilioris usuras reciperet; sed est, quod sibi læsus imputet, quod rei suæ pretium & tempore venditionis & toto tempore medio usque ad actionem motam ignoraverit, cum non potuisset tantum, sed & debuisset scire, juxta *l. quisquis* 15. *C. h. t.* Contra, si emtor in pretio circumventus sit, & ob id venditor conventus ab emtione recedere maluerit, postquam diutius pretii majoris habuerat usum, & ita usuras inde majores lucrari potuit, quam fructuum perceptorum utilitas apparet, est, quod & hoc damnum suæ culpæ propriæ emtor acceptum ferat, quod non maturius verum rei jam suæ effectæ, pretium didicerit, ac quantocius hoc legis secundæ remedio expertus sit: si ut utrobique locum inveniat illud, eum, qui damnum sua culpa sentit, dum non mature, utitur legum auxilio adversus læsionem comparato, non intelligi damnum sentire, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris.* Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 24. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 24. Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 7. *error.* 7. *n.* 1. Merenda *controv. lib.* 1. *cap.*

46. Pinellus *ad l. 2. C. de resc. vend. part.. 2. cap. 4. n. 1. & seqq.* Mynsingerus *cent. 4. observat. 57. n. 8.* Parladorius *rerum quotid. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16. n. 12.* Sande *decis. Frisic. lib. 3. t. 4. defin. 12. in fine.* Neque hanc evertit sententiam argumentum ab addictione in diem petitum ex *l. ubi autem 4. §. idem Iulianus 4. l. item quod 6. ff. de in diem addict.* cum illic emtio tota resolvatur vi pactionis ab initio ex venditoris simul ac emtoris voluntate appositæ, atque ita tantum revocabile dominium fuerit emtori quæsitum; quorum neutrum in nostro casu est; ut proinde diversa sit ratio. Non etiam adversatur, quod & in redhibitoria actione res cum fructibus ac pretium cum usuris reddi debeat, *l. illud sciendum 29. §. condemnatio 2. ff. de ædil. edict.* & tamen non minus illic, quam hic, vitiosæ rei irrevocabile dominium initio inspecto in emtorem translatum sit, ac æque propter læsionem invito venditore ab emtione discedatur. Tametsi enim in eo tertio convenientia est, differentiæ tamen ratio, quantum ad quæstionem præsentem, in eo apparet, quod in actione redhibitoria neutrius culpa est, aut saltem facile abesse potest; dum vitium latens erat, cujus & in emtore & in venditore justa ignorantia est; atque insuper vitium tale, ob quod emtor, si scivisset, emturus non fuisset; ut proinde justum quoque fuerit, in totum ita resolvi, venditionem, ac si nunquam intercessisset; id vero tum quam maxime sit, cum & res cum fructibus, & pretium cum usuris reddit. At nostro in casu semper in contrahendo temeritas est & culpa ignorantis verum rei suæ pretium, quod & consultis peritioribus scire potuit, & ex legum præcepto ignorare non debuit, *d. l. quisquis 15. C. h. t.* atque insuper non simpliciter ad rescissionem ex læsione contenditur, uti quidem redhibitoria actione, sed magis alternatim, juxta *d. l. 2. C. h. t.* ut mirum non sit, electa per reum contractus resolutione non adeo plenam fieri restitutionem respectu fructuum, emtoris sæpe cura singulari atque industria perceptorum. Leve vero est, quod ajunt, ad minorem adversus venditionem restitutum una cum re & fructus redire, *l. quod si minor 24. §. sed & si 4. ff. de minor. 25. annis*, alienatione prædiorum pupillarium sine decreto facta, ac propterea ipso jure inutili, prædiorum pariter & fructuum repetitionem esse, *l. 1. C. si major factus alien. rat. habuerit*, & quæ sunt alia his similia. Cum & minorum restitutionem causa favorabilior sit, quam majorennium; & facilius fructuum restitutio imponatur, ubi ipso jure venditio nulla est, & ita emtor nullo munitus titulo, fructus non ex sua sed pupillari re collegit.

11. Ex eo autem, quod neque fructus rei, neque usuræ pretii restituenda sunt, sponte sequi videtur, etiam tunc, cum reus iniqui pretii elegit emendationem, nec ejus quod ab emtore supplendum, nec ejus quod per venditorem reddendum, usuras ratione temporis litem contestatam antecedentis deberi, præsertim si consideremus, nullam penitus obligationis usurariæ causam esse. Lege enim secunda *C. h. t.* non aliud dispositum, quam ut venditor id, *quod justo deest pretio, ab emtore recipiat*. Conventionem deesse, in aperto est. Moram ex persona haud intercessisse constat, quamdiu interpellatio facta non est. Nec denique ulla mora ex re subesse dici potest, unde usuræ præstandæ forent, ubi secundum ante probata ad fructuum interim ex re vendita perceptorum restitutionem emtor devinctus non est arg. *l. curabit præses 5. C. de act. emti.* Sande *dec. Frisic. lib. 3. t. 4. defin. 14.*

12. Ceterum, tametsi in *d. l. 2. C. h. t.* tantum *fundi* mentio est, tamen & in ædibus, & mobilibus pretiosioribus distractis, (non item simplariis seu vilibus) huic remedio locum esse, communiter obtinuit; tum quia in *pr. d. l. 2.* generalius proponitur *res majores pretii* minor is distracta; tum quia & in rebus pupillaribus non sine decreto alienandis mobilia pretiosa immobilibus exæquata sunt, tanquam talia, in quibus æque ac immobilibus læsio gravis minoribus evenire posset, *l. lex, quæ tutores 22. C. de administrat. tut.* tum denique, quia æque in mobilibus majoris momenti, ac in immobilibus, æqualitati in commerciis desideratæ læsio ultra dimidium interveniens adversatur, neque ratio naturalis aut æquitas patitur, in gemma decem millium læsionem ultra dimidium, adeoque ultra quinque millia, sine remedio esse, in prædiolo aureorum centum ob læsionem quinquaginta duorum rescissionem aut saltem emendationem iniquitatis impetrari, Argentræus ad *consuet. Brittann. art. 282. lit. F.* verbo, *pour deception.* Rebuffus *ad constit. reg. tom. 2. de rescis. contract. gloss. 15. n. 34. & 36.* Pinellus *de rescind. vend. part. 2. cap. 2. n. 17.* Parens p. mem. Paulus Voet *de natura mobil. & immobil. cap. 20. n. 6.*

13. Quamvis etiam venditionis solius meminerit *d. l. 2. C. h. t.* legis tamen istius remedium per Doctores ad omnia bonæ fidei judicia, in quibus similis iniquitatis manifestæ reprobandæ ratio reperitur, productum est; & merito: nam & ante *d. l. 2.* læsis enormiter in societate, in dote similibusque succursum fuit, *l. in proposita 78. l. 79. ff. pro socio, l. jure succursum 6. §. ult. ff. de jure. dot.* & iidem Imperatores Diocletianus & Maximianus, *qui d. l. 2.* auctores sunt, generalius rescripserunt, *in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio judicis, causa cognita, publica jura subvenire, l. in contractibus 3. C. quibus ex causis majores in integ. restit. debere in bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum est in melius reformari*, ideoque majoribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus solere subveniri, *l. majoribus 3. C. commun. utriusque judicii*, confer *tit. familiæ ercisc. num. 35.* Cum ergo permutatio emtioni proxima sit, arg. *l. 1. pr. ff. de contrab. emt. §. item pretium 2. Inst. de emt. vend.* uti & locatio conductio, quippe iisdem, quibus emtio, regulis nitens, *pr. Instit. de locat. conduct.* atque etiam datio in solutum emtionis vicem obtineat, *l. si prædium 4. C. de eviction.* ac denique emphyteusis ad emtionem pariter ac locationem proxime accedat, *§. adeo autem 3. Inst. de locat. conduct.* æquum fuerit, in his quoque omnibus remedio *d. l. 2.* locum dari, ut latius Pinellius ad *l. 2. C. de rescind. vend. p. 1. c. 3.* Moczius *de contract. de emtione vend. cap. ult. quibus casibus annulletur emti. n. 18.* Gomezius *variar. resol. tom. 2. cap. 2. n. 22. in fine.* Zoesius *ad Pand. h. t. n. 17. & seqq. ad n. 26.* Perezius *C. h. t. num porro licet 16.* eo excepto, quod in beneficiorum ecclesiasticorum permutationibus illud a DD. reprobatum fuit, dum beneficiorum istorum fieri nequit citra simoniæ crimen, sine æstimatione vero nulla enormis læsio doceri po-

test, aut emendari, Covarruvias *lib. 1. var. resol. cap. 5. n. 8. post. med.* Pinellus sd *l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 3. num.* 16. Rebuffus *ad constit. reg. tom. 2. tract. de resciss. contract. gloss.* 15. *n.* 9. 10.

14. In commodato, deposito, similibusque ab emtione multum distantibus, necnon in stricti juris negotiis, hoc remedium non admitti, communiter placuit ex juris Romani principiis. Licet enim bona fides pati non videatur in stricti juris conventionibus læsionem ultra dimidium, nec eam in istis jus civile probaverit; toleravit tamen, dum voluit judicem in iis in judicando inspicere ac sequi id quod actum est, non quod ex æquo & bono agi debuerat, *l. quicquid adstringendæ* 99. *ff. de verb. oblig. tit. Inst. de oblig. ex consensu in fin.* cum ex adverso in bonæ fidei judiciis laxiorem judici indulserit potestatem æstimandi ex bono & æquo, tantum alteri præstare oporteat, licet id in conventionem deductum non sit §. *in bonæ fidei* 30. *Inst. de action. d. tit. Inst. de oblig. ex consensu,* adeoque etiam officio suo emendandi manifestam, quæ in contrahendo intervenisset iniquitatem, *l. in proposita* 78. 79. *ff. pro socio l. in contractibus* 3. *C. quibus ex causis majores.* Quamvis de cetero in ipsis etiam bonæ fidei judiciis læsionem, quæ dimidia minor est, toleratam fuisse, non item probatam, expeditum sit; dum licuit quidem contrahentibus in pretio se circumvenire, *l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis;* at non omne quod licet, honestum fuit, *l. non omne* 144 *ff. de juris.* Sed cum nostris moribus invalueri notabiliores illas Romani juris inter actiones bonæ fidei & stricti juris differentias sublatas esse; atque insuper non actione ex emto bonæ fidei, sed restitutionis implorationé, pro læsione enormi læsum oportere experiri; non mirum, quod a nonnullis scriptum inveniatur, in omnibus omnino, atque ita etiam in stricti juris negotiis nunc huic remedio locum dari, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *c. ult. n.* 7. 8. 9. 10. Leeuwen *cens. for. p. 1. lib. 4. tit.* 44. *n.* 2. usque adeo, ut nec transactionem dispositioni *d. l.* 2. subductam velint. Quorum tamen sententiæ quo minus ratione transactionis accedam, faciunt ea, quæ *tit. de transact. num. ult.* scripta sunt: tametsi transactionem aliis nonnullis ex causis rescindi posse, *eodem titulo num. pen.* probatum est.

15. Considerandum interim, multis in casibus etiam in bonæ fidei negotiis *d. legis secundæ* beneficium denegari. Etenim nec in hereditate vendita locum sibi vindicat, sive *incertum* hereditatis distractum sit, sive simpliciter hereditatis venditio facta fuerit, *l. quod si in* 10. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hered. vel act. vendita,* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 15. Joh. Papon *lib.* 10. *tit.* 3. *art.* 18. Nec in alea emta, veluti jactu retis similibusque, *l. nec emtio* 8. §. 1. *ff. de contrah. emt. l. ex emto* 11. §. *ult. l.* 12. *ff. de action. emti,* arg. *d. l. quod si in* 10. *de heredit. vel act. vend.* Quo & reducenda venditio eorum omnium, quorum incerta utilitas, proventus incertus est; veluti, si lapicidinarum metalli fodinarum aperiendarum, lapidumque ac metallorum inde educendorum jus certo pretio comparatum sit, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 16. Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 9. 10. 11. Nec non venditio fructuum ex certo fundo nasciturorum, ob incertum plane fructuum proventum, & provenientium valorem, arg. *l. si ea leg.* 17. *C. de usuris,* uti &, si fructuarius suum vendiderit usumfructum, convenienter *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Sande *d. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 16. *post. med.* vel si reditus vitalitius distractus sit, eo quod incertus omnino vitæ humanæ spatium singulis in hominibus exitus est; vel denique per *assecurationem* vulgo dictam periculum mercium receptum fuerit, Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 23.

16. Cessat præterea, quoties testator testamento jussit, rem certo vendi pretio, sed quod dimidiato minus est, *l. si cui legetur* 49. §. *ult. ff. de legatis* 1. sive enim justum sciverit rei pretium, videri potest id, quod amplius in vero pretio est, emtori legasse; sive contra ignoraverit, error ille non impediet, quo minus voluntas ejus effectum sortiri debeat, quia existum habere potest, arg. §. *si quis rem suam* 11. *Instit. de legatis,* Pinellus *ad l. 2. Cod. h. t. par. 1. cap. 1. num.* 19. Mozzius *de contract. de emt. vendit. par. ult. num.* 16. *in med.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap. ult. num.* 12. ibique Groenewegen *in notis.* Non etiam locum habet *d. l.* 2. remedium, si auctione publica ex decreto judicis judicati exsequendi causa venditio facta sit; quo casu in Hollandia ne tunc quidem ad hoc remedium pateret aditus, cum Ecclesia vel pupilli creditores sunt, in quorum gratiam executio fit; cum solis succurratur minoribus, si res eorum oppignoratæ solemniter distractæ sint, & enormis deinde læsio appareat, *l. si ex causa* 9. *pr. ff. de minor.* 25. *annis, l. 1. Cod. si adversus vend. pign.* Neostadius *curia supr. decis.* 75. Grotius *d. lib.* 3. *cap. ult. num.* 11. Groenewegen ad *l.* 16. *C. h. t.* & *ad l.* 13. *C. de evictíon.* Imo, si fiscus pro debitis fiscalibus distractionem bonorum ad debitores pertinentium sub hasta fecerit, ne minorennibus quidem debitoribus adversus talem venditionem succurri debere, rescriptum fuit, *l. quacunque pro* 5. *in fine Cod. de fide & jure hastæ fiscalis.* Adde *l. si deserta* 2. *C. si propter penssit. public.* Nisi per apparitores & executores distractionem facientes fraus & collusio, atque adeo gratiosa venditio ac addictio facta sit; quippe quam neque in minorennium neque in majorennium præjudicium ratam esse oportere, jubet fraudis impatiens bonæ fidei negotiorum, ac præcipuæ venditionis natura. Et de hac ambitiosa ac mala fide inita venditione agit *l. si quos debitorum* 16. *C. h. t. l. duplex ratio* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.* Adde tamen *tit. de distract. pign. & hypoth. num.* 8. Quod si auctione quidem publica, sed sine interventu solemnium hastæ fiscalis, sine decreto judicis, ex libera domini voluntate, licet urgente æris alieni necessitate, res venditæ sint, magis est, ut etiamnum remedium *legis* 2. admittendum sit: quamvis enim plerumque res tanti valeat, quanti publice vendi potest, tamen & in auctione publica gravem subinde læsionem inferri, imo emtores licitantes in totum deficere, qui justa offerant rerum pretia, colligi potest ex iis, quæ occurrunt in *l. ult. Cod. de jure domin. impetrando, d. l.* 16. *C. h. t. l.* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.* Confer Ant. Matthæum *de auction. lib. 1. cap.* 16. *n.* 37. *& seqq.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 12. Parladorium *rer. quotidian. lib. 2. cap. fin. part.* 5. §. 16. *num.* 10. 11. Rebuffum *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de rescis. contract. gloss.* 15. *num.* 37. 38. Sed &, si judicis decreto fa-

ctam proponas venditionem rerum ad minores pertinentium, remedium *legis secundæ* admitti æquum est; cum decreto tali læsionis occasio nequaquam tollatur, sed tantum definiatur, justam venditionis permittendæ causam subesse, *l. si quidem* 11. *Cod. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand.*

17. Denegandum insuper hoc juris remedium illis, qui justum seu verum scientes rei pretium, tamen vel infra dimidium ejus rem suam vendiderunt, vel alienam compararunt oblato supra verum amplius quam dimidiato. Etenim neque de damno neque de injuria queri potest, cum sciens prudensque nemo fallatur, sed magis se ipsum decipiat, nec injuria volenti ac consentienti fiat, *l. nemo videtur* 145. *ff. de reg. juris*, *l.* 1. §. *usque adeo* 5. *ff. de injuriis*, *l. cum donationis* 34. *Cod. de transaction. l. ea quæ commendandi* 43. *ff. de contrab. emt.* neque damnum intelligatur esse, quod quis sua culpa sentit. *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris.* Et certe, si de dolo non possit excipere in emtione, qui tempore eo, quo contrahebat, fraudis ignarus non erat, *l. venditor* 11. *C. h. t.* si ad pretium numerandum compelli possit, qui sciens emit domum exustam, & emtio stare debeat, *l. demum* 57. §. *simili* 2. *ff. de contrab. emt.* si ita demum ei, qui alienationem sui prædii, sine decreto ac pretio viliore tempore minorennitatis fecit, ratam habuerat major factus, subveniatur, cum inconsulto errore lapsus id fecit, *l.* 1. *C. si major factus alienat. rat. bab.* si denique per errorem quidem dati repetitio, consulto autem dati donatio sit, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur. l. si non sortem* 26. §. *qui filiofam.* 8. *ff. de condict. indeb.* rationem non animadverto, cur audiendus esset de læsione excipiens, qui tempore contractus læsionem scivit; ac non potius ob istam scientiam credendus esset donationis causa minoris distraxisse; quod fieri posse ambiguum non est, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emt.* Nec est, quod quis existimet, inutile tunc futurum *d. l.* 2. beneficium, quisque debet suarum scire rerum pretia, atque adeo hæc ignorans in culpa hæret, *l. quisquis* 15. *C. h. t.* Etenim primo quidem difficultas illa demum premit eo casu, quo venditor, non quo emtor, læsus est. Sed & secundo nec in venditorem satis stringit; nam etsi quadam venditoris culpa sit rerum propriarum vires ac pretia ignorare, ac propterea adversus læsionem dimidia minorem non succurratur, *d. l.* 15. *C. h. t.* tamen, si enormis læsio appareat, leges erranti ac de damno evitando certanti magis, quam lucrum enorme captanti favent, arg. *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 56. & alios ab eo citatos, Covarruviam *lib.* 2. *varior. resol. cap.* 4. *num.* 2.

18. Scientibus pretium verum, & tamen ultra dimidium læsis, non admodum dissimiles videntur, qui, cum contractus tempore errarent in pretio, huic tamen *legis secundæ* remedio renunciaverunt; quibus proinde actiones suas remittentibus non est dandus ad eas regressus, arg. *l. quæritur* 14. §. *si venditor* 9. *ff. de ædilit. edicto*, cum expeditum sit, unumquemque his, quæ pro se introducta sunt, posse renunciare, *l. pen. C. de pactis*, si modo specialis renunciatio sit, arg. *l. sed & si* 4. §. *quæsitum* 4. *ff. si quis caut. in jud. sist. causa factis*, Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 25. 26. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 20. *circa fin.* Zoesius *ad Fand. h. t. num.* 11. Perezius *C. h. t. num. præterea* 17. 18. Ut tamen & tunc specialis intelligi debeat renunciatio intervenisse, cum id inter contrahentes actum est, ut quicquid infra aut supra justum pretium apparuisset datum, pro donato haberetur: neque enim dubium est, viliori pretio donationis causa factam venditionem valere, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emt.* in donatione autem huic legis secundæ remedio locum non esse, inter omnes constat; cum tota donatio, in se spectata, læsio atque perditio sit, arg. *l. in summa* 65. §. *id quoque* 2. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. filiusfamiliar.* 7. *pr. ff. de donationibus*, usque adeo, ut ne in donationibus quidem sub modo admitti debeat, dum forte quis omnia sua donavit ea lege, ut modicum annum ei, donec vixerit, donatarius præstet. Vide Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 17. Et sane, ni ita statueris, adjectione illa, de donando eo quanto pluris minorisve res valet, impediri, *legis secundæ* dispositionem, futurum erit, ut nihil plane clausula talis operatura sit, cum & sine clausula ista pro donato ac perdito haberi debeat, quoties læsio dimidia minor est. Non faciente in contrarium eo quod a Fachineo *controv. lib.* 2. *cap.* 19. *in pr.* aliisque urgetur adjectionem illam *pluris* non infinitam pecuniam continere, sed modicam, & ad minutulam summam referri, *l. hac adjectio* 192. *ff. de verb. signif.* considerandum enim, nullam illic de donationis proposito aperta professione, nec de venditione donationis causa minori pretio facta mentionem esse, sed ad alias adjectionum ac pactionum species legem istam pertinere. Adde Covarruviam *var. resol. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 6.

19. Quod si post læsionem res vendita sine culpa emtoris extincta sit, emtori quidem ultra dimidium decepto hactenus succurrendum erit, ut id recuperet, quod supra justum pretium ab eo solutum est; cum natura æquum non sit, venditorem cum emtoris detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* nec jure venditor excipere possit, non amplius sibi post rei interitum superesse electionis beneficium a *d. l.* 2. datum, utrum pretium ad æqualitatem reducere malit, an a venditione in universum resilire; eo quod gratulari potius sibi debet, non sibi, sed emtori, rem periisse, justumque penes se peremta rei pretium remanere. At si venditor læsus sit, magis est, ut post rei interitum *legis secundæ* beneficium haud admittatur; cum sufficere venditori debeat, quod quale rei pretium nactus sit, cui alioquin, tanquam domino, non facta venditione, res tota periisset, arg. *l. si res æstimata* 12. §. 1. *ff. de jure dotium.* Nisi prior emtor pluris distraxerit; quippe quem cum venditoris damno lucrum captare ac locupletari durum foret, præsertim cum in pretio isto majore rem ipsam videatur habere, Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 18. *in med.* Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescin. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 56. *& seqq.* Zoesius *ad Fand. h. t. num.* 30. dissentit emtoris læsi intuitu Mozzius *de contract. de emtione part. ult. num.* 16. Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *post med.*

20. Illud expeditum videtur, emtorem læsum ad hoc devenire non posse juris remedium, si rem emtam rursus alteri vendiderit ac tradiderit; eo quod

jam sua voluntate, factoque proprio, negotium ad eum perduxit statum, ut venditori non ultra supersit eligendi facultas a lege data, an emtionem dissolvere malit, an pretii inæqualitatem emendare, Gomezius *d. tom. 2. var. resol. cap. 2. n. 22. post. med.*

TITULUS VI.

De Periculo & Commodo rei venditæ.

SUMMARIA.

1. *Quid sit* periculum *rei venditæ? Pertinet illud ad emtorem, licet res necdum tradita sit. Respondetur objectionibus.*
2. *Venditor regulariter præstat culpam levem. Quando præstet levissimam? Quando casum fortuitum? Quando tantum dolum & latam culpam? Quid juris, si primi emtor in mora recipiendi, dein venditor in mora tradendi fuerit, & viceversa?*
3. *Quid juris circa periculum, si res duæ alternative sint venditæ? Si vinum & res similes vel simpliciter vel ad gustum sint venditæ, quando ad emtorem incipiat pertinere periculum acoris, &c. per distinctiones explicatur, ubi & de doliorum significatione. Quid venditor agere debeat, si nullum degustationi tempus appositum sit? Quid juris, si per emtorem vel per venditorem steterit, quo minus vinum intra tempus adjectum degustatum sit?*
4. *Non semper pari passu ambulat periculum quantitatis in fungibilibus. An & quando periculum corporis rerum fungibilium ad emtorem pertineat? ubi de rebus fungibilibus per aversionem venditis, & qualem tunc custodiam venditor in iis præstet, & quo usque? Quid juris, si fungibiles res ad quantitatem venditæ sint? Quando tunc admensio facienda sit? An, si emtor in mora sit, venditori liceat vinum venditum effundere periculo emtoris? quid moribus?*
5. *Ad quem spectet periculum rerum sub conditione venditarum?*
6. *Moribus nostris adhuc servatur decisio juris Romani circa periculum rerum, etiam immobilium, quamvis requiratur in hisce solemnis traditio coram lege loci. Si apud nos ædes sunt venditæ media forte hieme, addito pacto, ut demum solemniter tradantur initio Maji, periculum usque ad tempus expressum pertinet ad venditorem; licet forte traditio solemnis maturius sit interposita.*
7. *Ad quem spectet periculum, si res subhastatæ perierint pendente subhastatione?*
8. *Emtorem gravant omnia onera realia venditæ rei inhærentia, etiam in præteritum debita; nec valet pactio in contrarium. Exceptio est, si fiscus vendat prædia debitorum fiscalium. Non transit in emtorem onus annuæ præstationis, quæ per venditorem ex fundo vendito promissa est alteri personæ vel fundo; nisi fundus solemniter eo onere affectus sit.*
9. *Commodum omne rei venditæ ad emtorem statim a perfecta venditione pertinet, quod exemplis alluvionis, actionum rei venditæ intuitu quæsitarum, fructuum, & similium, explicatur. Cui cedant pensiones, si res vendita elocata fuerit, per distinctiones traditur.*
10. *An arbores, quæ post inspectum prædium ante perfectam venditionem ignorante emtore sunt vento dejectæ, emtori præstandæ sint? Quid juris, si ex duabus rebus simul uno pretio emtis una perierit ante venditionem?*

1. QUamvis in jure frequenter eadem lucri & damni, periculi ac commodi ratio sit, seorsim tamen de utroque, quantum ad res venditas attinet, tractari expedit. Periculi nomine hic venit omne incommodum, quod rei venditæ supervenit, veluti, homini vel animali vendito mors, fuga, vulnus; agro chiasma; ædibus incendium, ruina; navi naufragium; vino mucor, acor, effusio, omnibus denique corruptio, depravatio, interitus, interversio. Spectat autem regulariter ad emptorem omne periculum, quam primum consensu venditio perfecta est, etiamsi res vendita necdum sit tradita, aut pretium numeratum; quippe quod & post interitum rei ab emtore numerandum foret, *l. quod sæpe* 35. §. *si res vendita* 4. *ff. de contrah. emt.* §. *quum autem* 3. *inst. de emtione vendit. l. id quod post* 7. *l. necessario* 8. *ff. h. t. l.* 1. *l. cum inter* 4. *l. ult. C. h. t.* Gomezius *var. resol. tom. 2. cap. 2. num.* 32. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 26. *defin.* 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 41. *defin.* 8. *in pr.* Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 35. *num.* 27. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 56. Quamvis enim plerumque res suo pereat domino, *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* & a venditore ante traditionem dominium rei non recedat, §. *quum autem* 3. *in fine inst. h. t.* arg. *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. de act. emti*; non tamen eo minus periculum ante traditionem ad emtorem pertinet; tum quia eum etiam omne rei commodum sequitur, *d. l.* 7. *ff. h. t. d. l.* 1. *C. h. t.* arg. *secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris*, tum quia statim a perfecta venditione venditor incipiat esse speciei debitor, quem rei interitu liberari placuit, *l. si ex legati* 23. *ff. de verb. oblig. l. pen. ff. de solution. l.* 1. §. *ult. in fine ff. h. t.* Nec hic adversatur, *l. lectos* 12. *l.* 13. *l.* 14. *ff. h. t.* cum illic ante traditionem damnum ab ædili lectis in via publica positis illatum ad venditorem spectet, quia in culpa erat, quod non domi eos, donec traderentur, asservaverit, sed in publica via positos habuerit: tametsi enim culpa ædilis argui potuit, quod eos non jure consciderit, adeo ut & ex lege Aquilia ob id agi cum eo potuerit, non tamen propterea venditor culpa vacuus fuit, dum eos in via publica ponendo, injurioso ædilis facto causam præbuit, arg. *l. verum est* 39. *ff. de furtis.* Minus obest *l. quod si neque* 14. §. 1. *ff. h. t.* Non enim ibi de specie vendita, sed *materia* sermo est, certo scilicet trabium numero ex majore trabium quantitate distracto, ac per signationem eligendo. Sed nec contrarium dictis est responsum Africani in *l. si fundus* 33. *ver. nam & si vendiderit ff. locati.* Etenim legis illius sententia exemplum invenire potest in fundo tacite per fideicommissum incapaci relicto, qui cum ob id fisco cedere deberet, & necdum per fiscum vindicatus esset, ab incapace, (qui forte possessionem ejus nactus fuerat) venditus traditusque fuit Titio in bona fide posito, ac fideicommissi taciti ignaro prorsus, iterumque per Titium distractus Sempronio, mox fisco vindicatus, atque ita publicatus, tradi non potuit: cum ergo sine Titii culpa traditio impedita esset, & ta-

men res ipsa in se vitium illud haberet, quod publicationi esset obnoxia. merito scriptum ab Africano, venditorem ex emto teneri hactenus, ut pretium restituat, non etiam ut amplius præstet id quod interest; sicut id in redhibitoria ex ædilitio edicto ob vitium latens fieri consuevit, *l. 1. C. de ædilit. action.* juuct. *l. Julianus* 13. *ff. de act. emti.* Sed & secundo non perperam *legem illam* 33. acceperis de fundo tali, qui ab hostibus a populo Romano captus, ad tempus pristino fuerat relictus possessori, sed postmodum publica urgente necessitate vel utilitate publicatus; uti id fieri potuisse, colligi potest ex *l. Lucius Titius* 11. *ff. de eviction. l. item si verberatum* 15. *§. item* 2. *ff. de rei vindic. l. in agris* 16. *ff. de acquir. rer. domin.* cum ergo venditor ad tradendum hujusmodi fundum a se venditum obstrictus, hanc impedire non posset in publicum redactionem, iniquum erat, eum ad id quod interest emtori condemnari; sed quia sic quoque res ipsa vendito in se quandam vitii habebat speciem, quod nempe ad nutum Principis publicari posset, nec venditor emtorem hujus rei monuerat, ad pretii restitutionem simpliciter tenetur: exemplo eorum, qui ob vitium latens ex ædilitio edicto ad pretium reddendum devincti sunt, ut ante dictum. Nec explicationi huic obstat, quod in *d. l. Lucius Titius* 11. *ff. de evliction.* emtor dicitur post publicationem ad pretium solvendum adhuc obligatus esse. Vendita enim ibi proponatur prædia talia, quæ *in Germania trans Rhenum* sita erant, adeoque tali in loco, ut emtor etiam non monitus scire facile potuerit, hujusmodi prædia publicationi obnoxia esse, ac proinde deceptus videri nequeat, quasi istam ignorasset emtæ rei conditionem. Ultra Rhenum certe instabilem fuisse Romanorum dominationem, ex Historiis manifestum est; unde & missis a Cæsare nunciis ad Germanos, petituris ut dederentur, qui Galliæ bellum intulissent, responsum per eosdem, *populi Romani imperium Rhenum finire; si se invito Germanos in Galliam transire non æquum existimaret, cur sui quicquam esse imperii aut potestatis trans Rhenum postularet?* teste Julio Cæsare *de Bello Gallico lib. 5. pag. mihi* 136.

2. Licet autem emtoris periculo res sit, venditor tamen ante traditionem in ea asservanda dolum latam ac levem culpam præstat, convenienter regulæ culpam levem exigenti in negotiis ac contractibus, in quibus utriusque utilitas vertitur, *l. si, ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *ff. commodati, l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris, l. quod sæpe* 35. *§. si res* 4. *ff. de contrab. em. l. si vendita* 11. *ff. b. t.* De damno levissima culpa dato obstrictus non est; nisi custodiam adeoque diligentiam in asservando exactissimam in se receperit. *§. quum autem* 3. *inst. de emt. vend.* multoque minus de casu fortuito, aut tertii facto, *l. pen. C. b. t. d. l.* 11. *ff. b. t.* arg. *l. sed de damno* 41. *ff. locati, l. ad eas* 19. *ff. commodati.* Unde, si res, cujus custodiam venditor in se receperat, vi vel furto ablata vel corrupta a tertio sit, non ultra venditor tenetur, quam ut actiones furti & similes emtori cedat, periculo & arbitrio emtoris exercendas, *l. si ea res* 31. *ff. de action. emti, d. §. 3. in fine instit. de em. vendit.* Plane, si & casu fortuito in se venditor receperit, non dubium, quin & eum præstare debeat, sive certam casus fortuiti speciem expresserit, sive per pactum se causi cuicunque reddiderit obnoxium, *l. 1. ff. b. t.* dummodo meminerimus, tunc non id, quod vulgo sit, sed magis insolitos & præter consuetudinem evenientes fortuitos casus videri susceptos, *l. fistulas* 78. *§. ult. ff. de contrab. em.* Brunnemannus ad *d. l. 78. §. ult.* Sed &, si in mora tradendi fuerit venditor, casus postea supervenientis periculum ad eum spectat, *l. cum inter* 4. *C. b. t.* quoties res non eodem modo fuisset apud emtorem peritura, ut plenius probatum *t. de rei vindicat. n.* 34. Quemadmodum e contrario de sola culpa lata doloque venditor conveniri potest, si in recipienda re vendita per emtorem ipsum mora facta sit, *l. illud* 17. *ff. b. t.* Quod si & emtor & venditor moram adhibuerit, posterior mora purgabit priorem, nocebitque vel emtori vel venditori, qui posteriorem moram fecit, *d. l. 1. ff. b. t.* rejecta, Labeonis sententia, qui posita utriusque mora, sine temporis distinctione moram emtori nocere credidit; cujusque opinio proponitur quidem in *l. si & per* 51. *ff. de act. em.* Sed, cum ibi nec probata esset, a Pomponio tamen postea notata penitus ac rejecta fuit in *d. l.* 17. *ff. b. tit.*

3. Fallit quoque regula superius tradita, secundum quam periculum statim a consensu interposito in emtorem transferunt; si res duæ alternatim sint venditæ, puta *Stichus aut Pamphilus*; quatenus ante traditionem uno mortuo, qui superest, dandus est, unde fit, ut prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respiciat; & utroque pariter pereunte, unus tantum periculo emtoris sit; sive emtori sive venditori ex alternative venditis eligendi potestas data fuerit, *l. si in emtione* 34. *§. si emtio* 6. *ff. de contrab. em.* Sed & in rebus fungibilibus, veluti vino, oleo, tum ad gustum, tum ad mensuram divenditis, exceptio est; quod ut evidentius appareat, paulo altius res repetenda. Gustum quod attinet, videndum, an vinum (idem de rebus aliis degustari solitis judicium esto) simpliciter ac sine ulla degustandi conditione, adeoque *per aversionem* ratione gustus emtum sit, an vero ad gustum. Si sine gustandi conditione (quod raro fit) statim a consensu utrimque interposito, etiam ante ullam admensurationem, periculum acoris & mucoris ad emtorem pertinet, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri emtor debet: adeoque liberabitur venditor, admetiendo postea vinum, quod acuit, aut alio quocunque modo, salvo vini corpore, sine venditoris culpa vitiatum corruptumve fuit; nisi venditor, cum intelligeret, non duraturam bonitatem vini usque in eum diem, quo tolli deberet, ejus rei non monuerit emtorem, *l. si quis vina* 4. *§. si aversione* 1. *l. si vina* 15. *ff. b. t. l. sicut* 12. *pr. C. de act. emt.* vel periculum acoris mucorisque, aut alterius vitii supervenientes, ad certum tempus in universum in se susceperit, *l. 1. ff. b. t.* arg. *l. fistula* 78. *§. ult. ff. de contrab. emt.* vel vinum ita venditum ex eo vitium contraxerit, quod venditor de bonitate ejus duratura quid affirmaverit, ac vinum non casu externo, sed sua natura, corruptum fuerit, *d. l.* 15. *ff. b. t.* vel denique venditor vinum eo modo distractum non bene custodiverit usque ad tempus, ad quod ex pacto vel lege custodire obstrictus, *l. si quis vina* 4. *§. ult. ff. b. t.* Si vero ad gustum, periculum acoris & mucoris ad venditorem pertinet, donec emtor degustaverit, ac gustando probaverit, deinde ad emtorem transit; nisi & hic venditor emtorem mone-

re neglexerit, sciens bonitatem vini usque ad tempus tollendo vino præfinitum haud duraturum, *d. l.* 4. §. 1. *d. l.* 15. *ff. h. t.* junct. *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrab. emt.* Neque interest, utrum emtor dolia signaverit, nec ne; non enim signatio ante degustationem, cum ex pacto fieri deberet, acoris periculum in emtorem transfert; quippe quæ magis, ne submutatio fiat, creditur intervenisse, *l.* 1. §. *si dolium ff. h. t.* Liberum autem emtori est quandocunque degustare, si nullus degustationi faciendæ dies adjectus sit, *d. l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Ut tamen, ne in infinitum degustandi licentia extendatur; post temporis modici lapsum venditor denunciare emtori possit, ut degustando vinum venditum probet aut improbet, ideo ut, eo moras diuturniores nectente, venditor ab obligatione deinceps liber fiat, & impune vinum idem alteri vandat; ne alioquin ex protelata nimis diu degustatione vinum corrumpatur, atque ita venditor ex mora emtoris damno hæreat, arg. *l.* 1. §. *ult. l.* 4. §. *ult. ff. h. t.* Quod si degustationi faciendæ dies appositus sit, nec tamen intra illud tempus degustandum fuerit, si quidem steterit per venditorem, etiam post diem gustui præfinitum periculum acoris & mucoris ad venditorem spectat, ne ex mora propria a periculo rei liber fiat; atque insuper post diei lapsum obligatus manet, ut patiatur emtorem degustare, ac gustando probare; cum absurdum futurum esset, aliquem per moram suam invito adversario ab obligatione liberari, *d. l.* 4 *pr. ff. h. t.* Si vero per emtorem venditor ab obligatione liber est, nec, postquam dies degustandi præteriit, ultra tenetur emtori præstare degustandi probandique facultatem, quasi per emtoris factum deficiente venditionis conditione. Non enim assentiendum videtur Struvio *ad Pand. h. t. n.* 101. existimanti, post diem gustationi dictum periculum ad emtorem in mora degustandi hærentem transire. Qua enim obsecro ratione, quove jure, periculum videri posset post lapsum diei in emtorem translatum, ubi nulla venditio perfecta apparet? perfecta vero haudquaquam dici potest, quæ usque adeo ex degustandi conditione suspensa est, ut ne gustu quidem interposito perfecta intelligatur, nisi insuper probatio accesserit; cum utique gustus ad id proficiat; ut adhuc improbare liceat post degustationem, atque ita ab emtione cœpta in totum resilire, *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrab. emtione.*

4. Admensionis appensionisve intuitu sciendum est, non semper pari passu ambulare, aut eodem tempore transferri in emtorem periculum ipsius corporis, seu quantitatis, quo qualitatis, veluti acoris, mucoris, periculum transit; cum qualitatis mutatæ damnum protinus a degustatione & subsecuta probatione ad emtorem pertineat; corporis periculum sæpe non nisi post admensionem. De cetero vinum aliasque res fungibiles vel *aversione* vel *ad quantitatem* vendi expeditum est. Si aversione plena vinum sit venditum, dum uno pretio omne vinum vel vas integrum sine mensuræ respectu distractum proponitur, periculum ejus ad exemplum rerum ceterarum non fungibilium mox a consensu interposito super merce pretioque emtorem respicit, licet traditio necdum secuta sit, *l. quod sæpe* 35. §. *in his, quæ* 5. *ff. de contrab. emt. l.* 2. §. 1. *in fine ff. h. t. l. cum convenit* 2. *C. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 26. *defin.* 23. *in fine.* Eoque casu verum est, acoris & effusionis, quantitatis & qualitatis periculum pariter & eodem tempore in emtorem transire: ac de vino ita per aversionem distracto accipienda *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. sicut* 12. *pr. C. de action. emti.* Nec aliud dicendum, si quis omne vinum in dolio reconditum seu doleare, vendat, atque ita totum corpus vini dolio contenti, pretio sic constituto, ut pro portione mensuræ, per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia; sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationemque quandam quantitatis *vini pure pleneque* distrahi; quemadmodum alii plures modi, extra relationem ad quantitatis designationem, emtioni additi, impleri quidem debet, quo usque possunt; neque tamen ideo conditionalen aut necdum perfectam faciunt venditionem. Secus, si pars quædam vini dolearis solummodo esset vendita, quia tunc ante admensionem sciri nequit, quæ pars vendita intelligatur, *quod sæpe* 35. §. *pen. ff. de contrab. emt.* Custodiam tamen vini sic per aversionem venditi præstare tenetur venditor, eamque jure singulari exactissimam, qualis in commodato præstari solet; adeo ut tantum vis magna & fatale damnum excusatum sit, nec sufficiat diligentia talis, qualem in suis adhibere solet, uti id manifestum est ex *l. hoc ita verum* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. h. t.* in quibus textibus agi de vino non ad mensuram seu quantitatem, sed per aversionem vendito, colligi ex eo potest, quod *d. l.* 2. & 3. cohærent *legi primæ*, in cujus fine *de vino doleari* vendito agitur, at *doleare vinum* est, cum non ad mensuram, sed dolia vino repleta distracta sunt, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Nec obstat, quod in *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* mentio fiat vini *admetiendi*, unde videri posset, agi illic de vino considerato tanquam re fungibili, & ita ad quantitatem vendito, cujus venditio ante admensionem imperfecta foret. Potest enim, ut jam ante adnotatum, vendi doleare vinum tanquam certum corpus, ut statim venditio perfecta sit, & tamen addi lex admetiendi, ut pretium totius dolii vini pro invento minore majoreve vini venditi modo solvatur, dum incertum utrique vel alterutri, quæ vini quantitas dolio contenta sit, nec alter alterum incertæ mensuræ specie circumvenire vult, aut pati se circumveniri, quo casu res tales fungibiles, jam consideratæ ut corpora, etiam ante admensionem periculo emtoris sunt: quemadmodum ager consideratur ut corpus, ratione periculi, statim ab interposito consensu transeuntis ad emtorem, licet pretium pro numero jugerum constitutum sit, & pro majore minoreve agri modo, per admensionem definiendo, majus minusve pretium solvendum sit, juxta ea quæ traduntur in *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. *ff. de contrab. emt. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de act. emti.* si modo admensio non per modum conditionis, ut venditionem faceret conditionalem, sed quantitatis tantum demonstrandæ, declarandæ, manifestandæ gratia adjecta sit, quod fieri posse post alios tradit Brunnemanus ad *l. ult. ff. h. t. num.* 9. 10. 11. Eoque nititur fundamento, quod in libro septimo digestorum Juliani Scævola notasse dicitur, *fundi nomine emtorem agere non posse; cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, aliove quo casu, pars fundi interierit, l. si in venditione* 10. §. 1. *ff. h. t.* non eo sensu, quasi venditio illa conditionalis esset, nec an-

te fundi mensurationem venditio esset, ut Gothofredus cum antiquioribus interpretibus censet *in notis ad d. l.* 10. §. 1. sed potius, quod emtor ea parte, quæ superest, debeat contentus esse, nec agere possit nomine fundi, quasi necdum traditi, dum pars, quæ periit, neque admensurari potuit; quia in tali casu admensio non tanquam conditio adimpleri debebat, sed tantum quantitatis demonstrandæ causa debebat intervenire, adeoque periculum tanquam ex pura venditione etiam ante mensurationem pertinebat ad emtorem. Quod ex connexione principii legis cum paragrapho primo evidens est: nam cum in principio definitum esset, periculum in venditione conditionali ad venditorem pertinere, si non hoc ipsum convenisset, *ut res periculo emtoris servaretur*; mox *in* §. 1. proponit Ulpianus, tanquam singulari nota seu animadversione dignum, emtorem tamen fundi nomine agere non posse, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, pars fundi interierit; significans scilicet, casum illum non pertinere ad venditionem conditionalem, ex qua periculum ad venditorem spectat secundum principium *d. legis*. Hujus autem custodiæ exactissimæ in vino per aversionem vendito præstandæ finis est avehendi tempus, si id definitum sit, aut alias vindemiæ instantis, si sit venditor, cui sine nova vindemia spumante dolia necessaria non sunt; nam si mercator esset, aut alias dolia locaturus fuisset, sic ut ejus intersit, inania esse ea, quibus vinum aversione distractum asservatur, is dies spectandus foret, tanquam custodiæ finem faciens, quo ex commodo venditoris, denunciatione facta, tolli vina possint, *l. si quis vina* 4. §. *ult.* junct. *l.* 2. *pr. ff. h. t.* post quæ tempora si emtor in mora tollendi sit, solus dolus a venditore circa vinum æque ac circa alia corpora vendita præstandus foret, *l. si per* 5. *l. illud* 17. *ff. h. t.* Quibus non contradicit Modestinus, cum in *l. qui officii* 62. §. *ult. ff. de contrab. emt.* scribit, *rem in aversione emtam, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emtoris pertinere, etiamsi res assignata non sit*; unde videri posset, nil præter dolum oportere per venditorem statim ab initio in venditis aversione rebus præstari. Non enim alia legis istius sententia est, quam rerum fungibilium per aversionem venditarum periculum etiam ante traditionem ad emtorem pertinere, si modo dolus venditoris causam non dederit huic venditioni per aversionem factæ, *seu dolo venditoris factum non sit*, ut emtio intercesserit: nam si venditoris dolo emtor ad rem aversione emendam inductus, atque ita dolo in id, ut emeret, circumscriptus fuerit, emtionem ipso jure nullam esse, apparet ex *l. & eleganter* 7. *ff. de dolo*, ac dictum plenius ad *tit. de dolo n.* 3. Ex emtione vero, quæ nulla erat, neque dominium neque periculum transire poterat, ut proinde Modestinus jure optimo monuerit, ita demum periculum rerum aversione venditarum ad emtorem pertinere, *si dolo venditoris factum non sit*, ut scilicet emtio aversione iniretur. Quod si ex adverso non plena aversione, sed ad quantitatem seu mensuram vinum emtum sit, corporis ipsius periculum ad admensurationem usque, non emtoris, sed venditoris est: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, & venditio ex conditione admetiendi suspensa est; post mensuram factam venditoris desinit periculum esse, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. quod sæpe* 35. §. *in his* 5. *in fine ff. de contrab. emt.* Facienda autem admensuratio intra tempus definitum; alias ante proximam vindemiam; vel, si venditor mercator sit aut dolia solitus elocare, tempore eo, quod venditori ad admensionem commodum est, secundum ea quæ antea de vino per aversionem vendito mature tollendo dicta sunt, *l.* 1. §. 3. & 4. *l.* 2. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* Emtore moram faciente in vino per admensionem recipiendo, data est venditori per leges effundendi licentia, periculo emtoris; quod tamen simul ei a lege dissuadetur, ac laudandus dicitur, si cum posset effundere, non effuderit, etiam mercedem doliorum tunc exacturus, ubi ejus interfuit, inania illa esse, *d. l.* 1. §. 3. 4. *ff. h. t.* Scilicet, non omne, quod licet, continuo etiam honestum aut probandum est, *l. non omne* 144. *ff. de reg. juris.* Unde &, quia forte in effundendo facile quid negligi aut prætermitti posset, quod ex lege observandum erat, atque adeo rigidius exactum efficere, ut venditoris ipsius periculo effusio fieret, merito monitum a Pomponio, *periculose heredem facturum, si vinum effundat* a testatore legatum, cum legatarius esset in mora tollendi, *l. si heres* 8. *ff. de tritico, vino vel oleo leg.* Moribus quoque hodiernis istiusmodi effusionem vini venditi non tutam satis esse, magisque venditoris effundentis quam emtoris damno cessuram post alios censet Groenewegen ad *l.* 1. *ff. h. t.*

5. In venditione conditionali non per omnia circa periculum ita jus est, atque quidem in ea quæ pure fit. Si enim defecerit conditio apposita, ipsam quoque venditionem deficere, atque ita ad venditorem omne rei periculum omni tempore pertinuisse, necesse est. Si vero extiterit, omne quidem damnum rei partiale, seu omnis deterioratio medio tempore eveniens, emtorem respicit; at rei totius interitus pendente conditione contingens venditori nocet, perinde ac si nulla venditio intercessisset, quasi deficiente jam re, sine qua tamen venditio nulla intelligi potest, *l. necessario* 8. *ff. h. t. l. pen. C. h. t. l. plerumque* 10. §. *inde quæri* 5. *ff. de jure dot.* junct. *l. nec emt.* nisi aliud circa periculum pacto speciali inter contrahentes placuisse constet, *l. si in venditione* 10. *ff. h. t.* Ant. Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 32. *in fine*, Ant. Faber *C. lib.* 4. 1. 41. *defin.* 8. *n.* 2. *in notis*, Carpzovius *defin. forens. par.* 2. *constit.* 26. *defin.* 21. 22. Ceterum in *d. l.* 8. *ff. h. t. fere in fine principii* supplendum videtur ex Haloandri editione, quæ sensu coincidit cum vulgata, quod deest, Florentinæ, & omissum sententiam legis imperfectam facit, ac proinde legendum, *quod si pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, & quod pretii solutum est, repetetur, & fructus medii temporis venditoris sunt*, si pendente conditione res fuerit extincta: perimitur enim emtio, *sicut stipulationes & legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit*; prout id monitum a Meyero *in Collegio Argentoral. ad Pand. h. t. n.* 5. *in med.*

6. Ab hisce autem Romani juris definitionibus circa rei venditæ periculum moribus nostris recessum non esse, sive in mobilibus, sive immobilibus, non sine ratione contenditur a Groenewegio ad §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* Licet enim ex constitutione Caroli V. non aliter immobilium venditio videatur efficax, quam si solennis eorum traditio coram lege loci facta sit; non tamen periculi intuitu quie-

quam innovatum est. Nam & jure civili nullum in emtorem transibat dominium, nisi per traditionem, quæ ad perfectam sequebatur venditionem, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. de act. emti*, §. *venditæ* 41. *& seqq. inst. de rer. divis.* nec tamen ideo minus in emtorem mox a consensu interposito translatum censebatur periculum rei. Cum ergo moribus tantum in tradendo, adeoque dominii rerum immobilium transferendi modo, mutatio contigerit, neque a dominii translatione dependeat periculi translatio, nulla quoque ratio est, cur ex mutata sola traditionis forma deduceretur mutatio circa periculi translationem: præsertim si consideres, solemnem illam coram lege loci faciendam traditionem non tam propter ipsos contrahentes, emtorem puta ac venditorem, quam potius in utilitatem ac securitatem creditorum venditoris fuisse excogitatam, nec illi clandestinis alienationibus & obligationibus per debitores factis, adeoque fraudibus domesticis pro negotii opportunitate sæpe confictis circumscripti, in damno hærerent; de cetero emtoris & venditoris intuitu nihil intercedere, quo minus & nunc ante solemnem illam traditionem se venditor jure suo exuat, sive constituti possessorii jure, sive alia ratione, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 76. *in fine.* Groenewegen ad §. 3. & *ad Grotii manud. ad Jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 18. Ant. Matthæus *Paræmia* 5. *num.* 15. Adr. Wessel *de remissione mercedis cap.* 8. *num.* 10. 11. Plane si venditio rei immobilis, præcipue ædium, media forte hieme ex multarum civitatum Belgii usu ea lege facta sit, ut demum initio insequentis mensis Maii traditio solemnis fiat, magis est, ut periculum medii temporis, quod est inter venditionem, ac traditionem, ad venditorem spectet; quia per pactum a venditore adjectum, adeoque per venditorem ipsum, stare videtur, quo minus res vendita in continenti tradatur, quippe qui diem traditionis prorogasse intelligitur, ut usque ad diem dictum fructus aut pensiones sibi haberet, *l. Julianus* 13. §. *si quid servo* 18. *ff. de act. emti.* Uti ergo emolumenta interim ei obveniunt, ita & damna ad eum pertinere æquum est, arg. *l. secundum.* 10. *ff. de reg. juris.* Et quamvis propter intervenientem moram venditoris ita demum fortuiti casus periculum ad moratorem spectet., si non eodem modo, non tali casu, res apud emtorem fuisset peritura, arg. *l. de eo exhibendo* 12. §. *si post judicium* 4. *ff. ad exhibendum*, tamen, quia distinctio illa magis in mobilibus per traditionem de loco in locum transferendis, quam immobilibus situm non mutantibus, usum invenit, simplicius in ædibus venditis receptum est; nullum emtoris periculum esse, sed solius venditoris, usque ad diem illum, qui solemni traditioni pacto aperto dictus fuit; usque adeo, ut, si forte propter imminentem venditoris peregrinationem, aliove sub obtentu, solemnis ædium traditio coram lege loci ante diem traditioni faciendæ præfinitum secuta sit, tamen venditoris periculo res maneat ad ipsum usque pacto præscriptum tradendi diem, nisi aliud novo pacto inter contrahentes nominatim de periculo commodoque actum sit, Groenewegen *ad Grotium manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 82. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 20.

7. Quod si res subhastatæ perierint pendente subhastatione, periculum non ejus est, qui licitationem quandam fecit, sed magis domini illius, a quo res per addictionem abitura est. Cum enim venditio, quæ hasta fit, non ante videri possit perfecta, quam si tabulæ addictionis signatæ fuerint, dum ex eo demum tempore desiit emtor licitando vinci posse, & fructus rei suos facit, consequens est, non nisi ex eo tempore periculum ad emtorem transire, ut argumentatur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 20.

8. Præter periculum rei venditæ etiam onera realia venditæ rei inhærentia in emtorem transeunt, veluti tributorum, census, canonis, salarii, & similium; idque non tantum ratione futuri temporis, sed & in præteritum, adeoque etiam illa onera, quorum dies ante venditionem jam cesserat ac venerat; cum prædia pro his omnibus videantur hipotheca legali aut tacita devincta esse; usque adeo, ut ne pactio quidem sustineatur, ne emtor tributa præstet, *l.* 1. *& tot. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse*, *l. cum possessor* 5. §. *ult. ff. de censibus*, *l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis*, nisi fiscus solemniter prædia distraxerit debitorum fiscalium, quippe quo casu emtores a reliquis præteriti temporis immunes esse, ex posteriorum Imperatorum constitutionibus obtinuit, *l. pen. C. de fide & jure hastæ fiscalis*, per quam derogatum fuit responso Papiniani, secundum quod, prædiis a fisco distractis, præteriti temporis tributum emtorem spectabat, *l. prædiis a fisco* 36. *ff. de fisc.*, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 9.

10. Non tamen in emtorem transit onus annuæ præstationis, si forte venditor ante venditionem promiserit, se quotannis certam frumenti aut fructuum aliorum quantitatem ex fundo suo personæ alteri vel fundo præstiturum; nisi solemniter in id fundum obligasset, vel alio modo legitimo prædi[...] affectum reddidisset pro hujusmodi præstatione, *l. ult.* §. *Lucius Titius* 1. *ff. de contrah. emtione*, Groenewegen *de ll. abrog. ad d. l. ult.*

9. Quia vero æquum natura est, commoda cujusque rei eum sequi, quem incommoda sequuntur, *l. secundum* 10. *ff. d. reg. juris*, hinc & omne rei venditæ commodum post venditionem perfectam, etiam ante traditionem obveniens, ad emtorem pertinet, *l.* 1. *C. h. t.* §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* sive pretia rerum venditarum creverint, *l. sicut* 12. *C. de act. emti*, sive alluvione auctus sit fundus divenditus, *d.* §. 3. *inst. de emt. vend. l. id quod* 7. *ff. h. t.* sive servo distracto quid donatum, legatum, aut heredis titulo relictum, vel ex operis ejus quæsitum fuerit, *l. Julianus* 13. §. *item si quid* 13. *&* §. *si quid servo* 18. *ff. de act. emti.* sive rerum venditarum intuitu actiones quasdam venditor adeptus sit, veluti furti, legis Aquiliæ, & similes; quippe ad quas emtori cedendas obstrictus est, uti & ad præstandum id, quod ex hujusmodi actionibus post venditionem perfectam quæsitis, consecutus est, *l. Julianus* 13. §. *sed & si quid* 12. *ff. de act. emti*, *d.* §. 3. *in fine inst. de emt. vendit. l. eum, qui emit.* 34. *l. si vendidero* 80. *ff. de furtis*, *l. cumque* 13. *ff. h. t.* sive denique fructus ex re vendita provenerint, cum & fœtura, quæ tempore venditionis jam concepta erat, & jam nati, jam maturi, sed adhuc venditionis perfectæ momento pendente fructus velut partes rei, emtorem sequi debeant, *l. fructus* 13. *l. pen. C. de act. emti*, *l. Julianus* 13. §. *si fructibus* 10. *ff. de act. emti*, junct. *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindicat.* Et quod attinet fructus civiles, seu pensiones rerum

venditarum, debitas ex locatione per venditorem facta; si quidem debeantur ex re singulis momentis usum præbente, veluti ex ædibus, jumentis, pro rata temporis inter emtorem ac venditorem dividendæ videntur, ut emtori cedant, quatenus debitæ ex tempore venditionis perfectæ. Sin ex re quotannis tantum, aut statis anni temporibus, fructum ferente, veluti ex pomariis, arvis, videndum, utrum venditio perfecta fuerit ante messem, dum fructus adhuc pendebant, an vero postquam jam essent a solo separati. Priore namque in casu anni totius pensiones emtori, in posteriore easdem venditori cedere, rationis est. Sic enim fit omnibus hisce in casibus, ut pensio, quæ fructuum nomine debetur, tanquam surrogatum fructuum per omnia sequatur ipsorum fructuum naturam, & ita tum emtori tum venditori acquiratur, ut ipsi fructus naturales aut usus cuique fuissent quæsiti, si res nulli locata esset. Constat sane, de jure Romano emtorem non teneri stare locationi per venditorem factæ, sed posse conductorem ante tempus expellere, ut ipse suo arbitratu re emta fruatur, *l. emtorem* 9. *C. locati*, atque ita potuisse reliquo tempore ædes inhabitare, fructus in fundo pendentes colligere, jumentorum operis ipse uti. Hæc ergo si conductori permittat, quid ni pensiones ipse capiat, usum fructumve compensaturas? Neque hisce contrarium est, quod Ulpianus habet, *si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedere, qui elocaverat; idem & in prædiis urbanis; nisi si quid nominatim conveniisse proponatur*; idem probans in prædiis rusticis ac urbanis; ac sine temporis distinctione pensiones omnes locatori, adeoque venditori tribuens, *l. Julianus* 13. §. *si in locatis* 13. *ff. de act. emti.* Etenim primo quidem dici potest, non illic definiri, ad quem effectu inspecto pensionum utilitas pervenire debeat, sed cui pensionis exigendæ jus sit; jus autem persequendæ pensionis soli competere locatori, qui contraxerat cum conductore, non item emtori qui non locaverat, certum est; eo modo, quo & furti & legis Aquiliæ actio & plures aliæ venditori ante traditionem quæruntur; sed id non impedit, quo minus venditor vel locati actionem pro ea pensione, quæ ad emtorem pervenire debet emtori cedat, uti & reliquas mandat actiones; vel exactam actione locati pensionem emtori præstet, sicut alia præstare cogitur, quæ aliis actionibus exacta sunt, ut ante dictum. Sed & secundo Ulpiani verba in *d. l.* 13. §. 11. accipi possunt de pensionibus non futuris, sed præteriti temporis, quod emtionem antecedit, quæ locatori venditori cedunt, nisi aliud actum sit: uti aliud actum proponitur in *d. l.* 13. §. *in his autem* 16. *ff. de act. emt.*, dum placuit, *ut venditor præteritam mercedem exigat & emtori præstet.* Confer Covarruviam *var. resolut. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 3. Zoesium *ad Pand. t. de act. emti n.* 17. 18. Struvium *ad Pand. h. t. num.* 103.

10. Non tamen emtori cedunt arbores, quæ post inspectum prædium ante venditionem perfectam vi tempestatis evulsæ sunt; quippe quæ desierant fundi esse, atque ita nec emtæ erant; nisi id venditor sciens emtorem ignorantem non monuisset, *l. si post* 9. *ff. h. t.* Quod si duas quis res, veluti duos servos, uno emerit pretio, quorum alter ante venditionem extinctus erat, tantum abest, ut emtoris id periculum esset, ut potius ne in vivo quidem emtio consistat, *l. si duos quis* 44. *ff. de contrah. emt.*

TITULUS VII.

De Servis exportandis, vel si mancipium ita venierit, ut manumittatur, vel contra.

SUMMARIA.

1. *De pacto*, ut servus exportetur; *a quibus locis abstinere debeat, qui ab Italia, a certa provincia, vel a certa urbe exportandus est? An, & quando venditor agere possit vel non, si pacto non sit paritum? ubi & de pœna adjecta, & manus injectione in non exportatum. De pacto*, ne exportetur.
2. *De pacto*, ut mancipium manumittatur. *Tunc ipso jure libertas competit, licet venditor in casum manumissionis non secutæ pœnam pactus sit. An venditori liceat post tempus manumissioni appositum revocare conditionem manumissionis? ante temporis lapsum quousque possit; & an tunc emtor adhuc jure manumittat contra mutatam venditoris voluntatem?*
3. *De pacto*, ne manumittatur, *tunc nulla est manumissio, licet pœna sit apposita in casum factæ manumissionis.*
4. *Valet*, ne ancilla prostituatur. *Quando videatur prostituta? Recensentur pacta in servorum venditionibus reprobata.*

1. Quamvis nullus apud nos servorum usus sit, quia tamen pacta servorum venditionibus apud Romanos adjecta, transferri quandoque ad rerum aliarum venditiones possunt, paucis ea tractari expediet. Primum est, ut *servus exportetur*, cujus vim vide apud Cujacium *paratit. C. si servus exportandus veneat.* Exportandus ex Italia, commorari in provincia non prohibetur, *l.* 2. *ff. h. t.* Removendus tamen urbis pomeriis nec ipsa urbe recte moratur, *l. cui pacto* 5. *ff. h. t.* arg. *l. qui indignus* 4. *ff. de senatorib. l. relegatorum* 7. §. *ult. ff. de interdict. & relegat.* exportandus ex certa urbe, nec Romæ agere potest, nec in Italia retineri is, qui a certa provincia removendus est, *l. ult. C. h. t. si serv. export. veneat.* Adjicitur hoc pactum in gratiam venditoris, ut a servo, a quo sibi forte metuit, cujusque conspectum ferre nequit, securus sit, aut ut vindictam in eum exerceat, vel ut pœnam evitet, quam promiserat, cum eadem lege emisset; ac proinde in ea conditione venditor est, ut remittere hanc legem possit, *l.* 1. *l. si vend.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Qua non remissa, & per emtorem violata, venditori actio ad id quod interest competit, secundum posteriorem Papiniani sententiam, quæ est in *l.* 6. §. 1. *ff. h. t.* reprobata priore, quæ in *l.* 7. continetur, sive primus emtor, sive is in quem ille transtulerat, pacto non paruerit, *l. Titius* 9. *ff. h. t.* Sed & ad pœnam agi potest, si illa pacto adjecta sit; etiam manus injectio in ipsum servum non exportatum fieri, si eam sibi venditor pactus sit; & si servus ab emtore manumissus ad loca interdicta venerit, fisco in perpetuam servitutem addicendus est, *l.* 1. 2. *C. si servus export. veneat.* Cessat tamen pœna aut ejus quod interest exactio, si sine domini seu emtoris voluntate servus ad loca prohibita accesserit, *d. l.* 2. *in fin. C. h. t.* veluti si a domino profugus in interdicta provincia vagetur, *l. Titius* 9. *ff. h. t.* Con-

tra quoque, si pacto id actum sit, *ne servum venditur exportetur*, servanda usque adeo lex fuit, ut ob eam neglectam, præter id quod interest, etiam affectionis ratione recte agi placitum sit, *l. servus 7. in fine ff. b. t.*

2. Est & pactum, quo mancipium ita venit, *ut intra certum tempus*, vel simpliciter, *ut manumittatur*. Quo non impleto intra diem præfinitum, vel, si omissus dies, intra tempus tale, quo id fieri commode potuisset, ipso jure servus aut ancilla sic vendita ad libertatem perducitur; adeo ut deinceps non de præstanda sibi libertate, quæ ex constitutione. jam erat quæsita, sed de obtenta defendenda, experiundum fuerit, & partus ancillæ, post moram ab emtore factam procreatus, liber & ingenuus nasci intelligatur, ex constitutione D. Marci, qua derogatum fuit placito Hadriani, manumissionem hoc casu exigentis, *l. si quis hac lege* 3. *l. ult. ff. b. t. l.* 1. 2. 3. 4. *C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumit.* etiamsi venditor in casum non secutæ manumissionis certam sibi pœnam pactus esset; cum nihilominus ita servus liber fiat, ac si sine pœnæ adjectione distractus fuisset manumittendus, cessante ob favorem libertatis pœnæ exactione, *l. ult. C. b. t.* Si modo major annis viginti servum suum ea vendiderit conditione: in minore enim ob consilium ejus parum firmum legis Æliæ Sentiæ auctoritas hanc manumittendi conditionem inutilem effecit, licet in id tempus dilatam, quo venditor annos viginti explevisset; *l. si minor* 4. *ff. b. t.* junct. §. *eadem lege* 3. *Instit. quib. ex caus. manumit. non licet.* Nec venditori liberum est post lapsum tempus, intra quod manumissio peragenda erat, hanc revocare manumittendi conditionem; cum jam ipso jure libertas servo competere cœperit, in posterum ei firmiter asserenda ac defendenda, arg. *d. l.* 1, *in fine, & ll. seqq. C. si mancipat. ita fuerit alienat. ut manum.* Plane antequam venerit tempus manumittendi, pœnitentia & conditionis revocandæ facultas venditori permissa est, ad eum effectum, ne ipso jure per temporis lapsum libertas servo nascatur, neve emtor, non manumittens, venditori ad id quod interest obstrictus sit, *l.* 1. *C. d. l.* 1. *C. b. t. l. si quis hac lege* 3. *ff. b. t.* Sed si voluntatis mutationem sequi emtor nolit, malitque contra mutatam venditoris mentem servo libertatem dare, venditori eo nomine nihil præstat; & hoc est quod Papinianus voluit in *l. quæsitum* 8. *ff. b. t.* cum ait, *ex vendito actionem, manumisso servo vel* (id est etiam) *mutata venditoris voluntate, evanuisse*, eoque etiam pertinet, *l.* 1. *ff. qui sine manumiss. ad libert. perveniunt.* Nec obstat, quod dominus, qui procuratori servum suum dederat manumittendum, mutare consilium cum effectu possit, & impedire libertatem necdum collatam, *l. si quis alicui* 27. §. *si servum* 1. *l. si hominem* 30. *ff. mandati.* Alia enim mandati, alia venditionis causa est: post perfectam venditionem nihil alterutro invito, cui jus quæsitum est, per alterum immutari potest, *l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.* at ea pecularis mandati natura est, ut quamdiu illud impletum non est, adeoque necdum libertas tributa, recte revocetur, §. *recte* 9. *Instit. de mandato.*

3. Non minus subsistit pactum alterum priori contrarium, *ne mancipium manumittatur*: cujus ea vis est, ut nec vivo nec mortuo venditore manumittere liceat, si servi puniendi gratia conditio illa adscripta probetur, & interposita contra pactum manumissio ipso jure nulla sit, ideoque nec pœnæ petitio, si quæ in casum violati pacti apposita fuerit, locum habeat, *l. ea quidem* 5. *C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumitt. l. ult. C. qui non possunt. ad libert. perven. l. is, qui suis* 4. §. *in illis* 9. *l. servus hac lege* 9. *ff. de manumission.*

4. Potest quoque pactum addi, *ne ancilla prostituatur*; quod casu contra pactionem etiam tunc emtor venisse videtur, cum eam sub specie ministrandi in caupona habet, *l. si venditor* 6. *ff. b. t. tot. tit. C. si mancipium ita venierit, ne prostituatur*, junct. *l. qua adulterium* 29. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Contra vero reprobata pacta, quæ in se turpitudinem aut crudelitatem continent, bonisque moribus adversantur; qualia sunt, ut ancilla prostituatur, arg. *l.* 1. 2. 3. *C. si mancip. ita venierit, ne prostit.* ut servus cum bestiis depugnet, aut iis objiciatur, castretur, &c. *l. domini neque* 42. *ff. de contrah. emt. l. is, qui servum* 6. *l. circumcidere* 11. §. 1. 2. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

LIBER NONUSDECIMUS.

TITULUS I.

De actionibus Emti & Venditi.

SUMMARIA.

1. *Actio emti cui detur? An & domino cujus procurator emit? An uni ex pluribus simul ementibus, vel uni ex pluribus unius emtoris heredibus ad partem rei, si offerat partem pretii pro rata?*
2. *Datur contra venditorem, etiam dominum procuratoris vendentis. An si plures sint venditores, vel plures unius venditoris heredes, unus in solidum conveniri possit, si solus rem venditam in solidum possideat?*
3. *Petitur hac actione traditio rei & accessionum; quandoque etiam pretium.*
4. *Horreo vendito, an & dolia? Fundo vendito, an & dolia? Quid juris si id actum, ut dolia fundo accedant? Quæ transeant fundo vendito? An sterculinum, quod in fundo est? An rута & cæsa? an pisces studiose in piscinam conjecti?*
5. *Venditis ædibus, quænam emtorem sequantur? an & horti & stabula? An pars media parietis intermedii, si venditor duas domos habens contiguas, unam vendat? Recensentur plurima, quæ emtori cedunt, ut & alia, quæ ad emtorem non transeunt cum domo.*
6. *An, & quando prædium rusticum vel urbanum tradi debeat liberum ab oneribus servitutum? An*

& transeant servitutes prædio debitæ? Et quid si venditor servitutes callide dissimulaverit prædio vel a prædio debitas? Quid juris circa servitutes, si duorum prædiorum contiguorum dominus unum vendiderit Titio, alterum Mævio, vel alterum sibi servaverit?

7. *Quæ transeant, arce vendita, castro aut territorio vendito, aut vicario distracto, præcipue taberna vendita?*

8. *Vino vendito an dolia, an vasa vinaria cedant emtori? An aviaria venditis avibus? An equo vendito, frenum, ephippium & reliqua ornamenta? An navi vendita, instrumenta navis; an & scapha?*

9. *Servo vendito, non transit peculium; nec equa, vacca aut ove vendita fœtus jam editus matremque sequens, sive ali sine matre possit, sive non.*

10. *Tradenda est vacua rei venditæ possessio. Quid operetur stipulatio,* vacuam possessionem tradi, *vel* rem tradi vacuamque possessionem? *Quando vacua possessio tradita intelligatur?*

11. *Quis sit effectus traditionis vacuæ possessionis? An dominium transeat, si nec pretium numeratum sit, nec de eo fides habita? Quando censeatur de pretio fides habita, quando non? An & tunc, cum venditor simpliciter rem tradidit ac ab emtore auferri passus est?*

12. *An & quando res vendita & tradita fide de pretio habita, adhuc vindicari possit? & quo modo immobilia coram lege loci tradenda sint?*

13. *De admensuratione rerum ad quantitatem venditarum. An venditor fundi teneatur monstrare fines fundi? An tradere aut monstrare instrumenta ad probandam originem acquisitionis pertinentia?*

14. *Præstanda cautio de tradendis iis, quæ in præsenti tradi nequeunt. Quibus in casibus præstari debeat per venditorem id quod interest? ubi de re aliena, & extra commercium posita, deque celato malo vicino. An venditor habens rei tradendæ facultatem præcise cogi possit ad tradendum, an vero liberetur præstando id quod interest; & quid moribus?*

15. *An venditor emtori præstet ea, quæ commendandi gratia asseruit de re vendita?*

16. *Quid sit actio venditi, & quibus detur? An executori rei judicatæ, qui pignora capta distraxit? An ei qui rem alienam vendidit ac tradidit ut suam? Contra quos detur? An contra eum, qui emi mandavit & procuratori jam pretium numeravit?*

17. *Si quis rem emerit ea lege,* ut pretium solvat quando voluerit: *aut;* postquam fuerit Romam profectus, *an valeat venditio? & an emtor ipse cogi possit ut solvat, quamdiu voluntatem non declaravit? an demum heres ejus?*

18. *Petitur hac actione pretium, & impensæ post venditionem in rem factæ, licet illa perierit; item usuræ pretii ex mora. Quid juris apud nos sit circa usuras pretii? An emtor liber sit ab usurarum præstatione; si graphiarius, apud quem pretia ex subhastationibus redacta deponenda sunt, confessus fuerit per gratificationem, ea deposita esse, cum non essent?*

19. *An teneatur ad usuras, si ob imminentem evictionem non solverit, aut oblatum pretium venditor voluerit acceptare? an vero tunc depositione opus sit?*

20. *An emtor aut venditor ob moram in re tradenda aut pretio solvendo petere possint omne, quod forte tanquam negotiatores lucrari potuissent, non facta mora?*

21. *An ob moram in pretio solvendo venditor rem repetere possit, & ad venditionis rescissionem agere?*

22. *Si primus emtor prædium solenniter pro pretio annua bima trima die solvendo obligaverit, dein ipse rursus annua bima tria die vendat, sum jam ipse in mora pretii solvendi esset, an primus venditor impediatur prædium jure pignoris vendere, cum necdum emtor secundus in mora esset?*

23. *Uter prius debeat implere contractum, emtor, an venditor? An excipiens contractum ab actore impletum non esse, id probare debeat? An apposita illa exceptione actor implere & sic in lite pergere possit? Quid agendum, si emtor & venditor rei mobilis sibi invicem non fidant?*

1. CUm emtio venditio illis annumeretur contractibus, qui utrimque obligatorii sunt, consequens fuit, duplicem quoque actionem inde nasci, puta, *emti & venditi.* Emti actio est personalis bonæ fidei, quæ datur emtori ejusque heredi, etiam utiliter domino, ex cujus mandato procurator emit, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. h. t.* Si plures eodem tempore simul eandem rem uno emerint pretio, vel plures emtoris unius heredes sint, liberum singulis non est pro sua parte actione ex emto experiri ad tradendam rei venditæ partem, pro rata pretii promissi oblata portione: sed vel omnes pariter, vel unum ex his, oblato toto pretio, agere ad rei totius traditionem, necesse est. Cum enim permissum venditori sit veluti pignoris jure retinere rem venditam donec pretium totum solutum fuerit, nec quicquam emtor agat oblata sola pretii parte, *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. h. t.* & pignoris causa individua dicatur, licet alioquin æs alienum inter coheredes ipso jure divisum sit, adeo ut post solutam ab uno herede hereditariam debiti personalis partem integrum nihilominus pignus pro reliquo debito obligatum maneat, nec repeti proportione solventis possit, *l.* 1. 2. *C. de luit. pignoris,* merito responsum a Labeone fuit, unum ex heredibus partem pretii solventem ex emto agere non posse, quoniam ita contractum æs alienum dividi non potest, *l. fistulas* 78. §. *qui fundum* 2. *ff. de contrah. emt.* ibique DD.

2. Competit hæc actio adversus venditorem ac utiliter etiam contra dominum, cujus jussu procurator vendidit, *d. l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. h. t.* & si plures sint venditores pluresve venditoris unius heredes, contra singulos pro parte, eo quod hic non eadem, quæ in pluribus ejusdem emtoris heredibus, individui debiti, quasi hypothecarii, ratio est. Et licet in commodato placuerit, eo casu, quo unus ex pluribus commodatarii heredibus rem totam tenet, adeoque totius rei restituendæ facultatem habet, eum in solidum condemnandum, *l. sed mihi* 3. *heres* 3. *ff. commodati,* idemque in rei vindicatione obtinuerit, ubi unus ex pluribus possessoris heredibus rem totam possidet, *l. si possessor fundi* 55. *ff. de rei vin.*

dicat. ad unum tamen ex pluribus unius venditoris heredibus id porrigendum non est; eo quod in commodato & rei vindicatione non nisi de restituenda possessione vel detentione rei quæstio est; qualis restitutio sequelam aliam non habet, quam possessionis translationem; at si quis ex emto ad tradendum adigatur, aut emtorem debet dominum facere, aut ei de evictione incipit devinctus esse, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* per occasionem autem rei venditæ, penes unum heredem existentis, eum vel ad totius dominium transferendum, vel de rei totius evictione teneri, durum & iniquum foret: nam & si fundus ab omnibus heredibus per testatorem legatus sit, qui unius heredis esset, eum quidem, cujus fundus esset, non amplius quam suam partem præstiturum, ceteros in reliquas partes teneri, Julianus scripsit, *l. si tibi homo* 86. §. *si fundus* 3. *ff. de legatis* 1. Confer Costalium ad *l.* 55. *ff. de rei vindicat. in rei fine.*

3. Petitur hac actione, ut res vendita corporalis tradatur, incorporalis cedatur, aliove simili modo ejus quasi traditio fiat, una cum fructibus a tempore venditionis perceptis, omnibusque accessionibus vel speciali pacto comprehensis, vel ex generali emtionis natura præstari solitis. Nec quemquam turbare debet, quod a Juliano scriptum est, emtorem actione ex emto pretium consequi, *l. cui res* 29. *ff. h. t.* Considerandum enim, illic agi de legatario, qui rem sibi sub conditione legatam imprudens emerat ab herede; cui cum res existente conditione ex causa legati quæsita esset, necesse erat resolvi venditionem ab herede factam, perinde ac si nunquam intercessisset, arg. *l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. commun. de legatis*, atque adeo etiam, resoluta venditione, pretium reddi: eo modo, quo & actione emti ad pretium restituendum ob emtionem resolutam contenditur in facti specie, quæ est in *l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* 5. *ff. h. t.* quemadmodum & ex adverso venditor actione venditi agit ad fundi venditi redditionem, postquam vi legis commissoriæ venditio resoluta fuit, *l. si fundus* 4. *ff. de lege commissoria.*

4. Sed ut apertius constet, quæ accessionis jure in emtorem transire debeant, per species nobiliores irc consultum fuerit. Horreo ergo vendito, dolia accedunt ibidem defossa, *l. dolia* 76. *ff. de contrab. emt.* non item fundo distracto, cum dolia non fundi nec villa sed horrei instrumenta sint. *l. fundi nihil est* 17. *ff. h. t. l. Lucius Titius* 93. §. *collegio* 4. *ff. de legatis* 3. Unde & pacto speciali id actum legitur, ut fundo vendito dolia urbana accedant, *l. qui fundum* 40. §. *pen. ff. de contrab. emt.* Nec adversus, quod usufructu fundi legato dolia, cuppæ & alia plura his similia legato continentur, *l. sed, si quid* 15. §. *proprietatis* 6. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Etenim cum Jurisconsultus in ea lege facit mentionem *domus* & *fundi*, ac instrumentorum domus vel fundi usufructum simul legatum ait, per domum intelligere videtur omne urbanum prædium; in quantum omnia ædificia urbana prædia appellamus, §. *Instit. de servitut. prædior.* per fundum ex adverso prædium omne rusticum, adeoque & fundos in specie ad fructus quærendos, & horrea ad eosdem recondendos, horreorum autem instrumenta & accessiones sunt dolia defossa, cuppæ, torcularia &c. *d. l. dolia* 76. *ff. de contrab. emt.* Groenewegen ad *d. l.* 76. Si tamen id actum sit, ut fundo vendito certus accedat doliorum numerus, ita pacto standum est, ut integra dolia ad istum usque numerum præstentur, non quassa, quoties vel tot integra in fundo sunt, vel, cum dolia nulla in fundo essent, aliunde coemenda forent: nam si doliorum numerus, contractu comprehensus, in fundo inveniatur connumeratis & quassis, liberari potest venditor integra, quæ reperta ibi sunt, & in subsidium quassa præstando, *l. quidquid venditor* 27. *l. pen.* §. *si dolia* 1. *ff. h. t.* Porro fundo seu agro vendito, vendita etiam intelliguntur omnia, quæ terra tenentur, arbores, vites, pomaria, sylva cædua, salicta, arundineta, seminaria, metallifodinæ, lapicidinæ, arenæ fodinæ, atque ipsi etiam fructus pendentes, tanquam fundi partes, si nihil horum nominatim exceptum sit, *l. qui fundum* 40. §. *fundi venditor* 5. *&* 4. *l. in lege fundi* 77. *ff. de contrab. emt. l. si post inspectum* 9. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic. l. Julianus.* 13. §. *si fructibus* 10. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. Jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 14. *num.* 49. Quin & stramenta ac sterculinum, si in fundo sit, & fundi istius stercorandi, non item vendendi causa comparatum, emtori cedere cum fundo vendito. Ulpianus notat, *l. fundi nihil* 17. §. *fundo vendito* 2. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 33. *defin.* 19. Non tamen ad emtorem transeunt ruta & cæsa ante venditionem, nec arbores ante dejectæ licet post inspectionem ab emtore factam id eo ignorante contigisset, *l. fundi nihil* 17. §. *si ruta* 6. *ff. h. t. l. in vendendo* 66. §. *ult. ff. de contrab. emt. l. in rutis* 241. *ff. de verb. signif. l. si post inspectum* 9. *ff. de peric. & commod. rei vend.* nec cum fundo vendito pisces, qui in piscinam studiose conjecti sunt, nec animalia in fundo vendito oberrantia aut pascentia, *l. lines & labra* 15. *in fine l.* 16. *ff. h. t.* Confer Manticam *de tacit. & ambig. convent. libr.* 4. *tit.* 16. *num.* 5. *& passim*, Mozzium *de contract. emtion. & vend. tit. de naturalibus emtion. n.* 56.

5. Ædibus distractis, non modo tradendi cum ædibus sunt horti, qui in continentibus ædificii sunt, & habitationis commodioris ergo haberi solent, uti & stabula, quæ urbanorum prædiorum jure censeri solent, velut ædium accessiones, arg. *l. prædiis* 91. §. *qui domum* 5. *ff. de legat.* 3. *l. eo jure* 4. §. 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah. l. creditor.* 52. §. *ult. ff. h. t.* confer *tit. de usufructu n.* 21. Berlichium *decis.* 191. nec non media pars parietis, si venditor duas habens domos contiguas, pariete uno intermedio distinctas, unam vendiderit, ut dictum *tit. de servit. præd. urban. num.* 15. sed & insuper omnia præstanda, quæ ædificio inserta & inclusa sunt, quæque propter ædes perpetui usus gratia habentur, & quasi pars ædium sunt, veluti, puteal, lines & labra (de quibus Gothofredus in notis), salientes fistulæ quæ salientibus junguntur, licet longe excurrant extra ædificium, canales, castella plumbea aquatica, *l. Julianus* 13. §. *ult. l.* 14. *l.* 15. *l. fundi nihil.* 17. §. 7. 8. 9. *l. si venditor* 38. §. *ult. ff. h. t.* adhæc tabulæ pictæ quæ protectorio includuntur, erustæque marmoreæ, *l. fundi nihil* 17. §. *quæ tabulæ* 3. *ff. h. t.* seræ etiam & claves & claustra, licet terra se non teneant, *d. l. fundi* 17. *pr. ff. h. t.* ea insuper omnia, quæ ædificio ante venditionem eo erant detracta animo, ut reponerentur, *d. l.* 17. §. *pen. l. granaria* 18. §. 1. *ff. h. t.* Adde *l. malum* 242. §. *ult. ff. de verb. signi.* Non tamen ea, quæ temporali tantum usus gratia, & ad

præsens, in ædibus sunt, *d. l.* 17. §. *Labeo* 7. *ff. h. t.* adeoque nec reticuli circa columnas, nec plutei circa parietes, nec vela Cilicia; si vel ista vela frigoris vel umbræ causa, adeoque voluptatis gratia in domo sint, *d. l.* 17. §. *reticuli* 4. *ff. h. t.* junct. *l. quæsitum est* 12. §. *si dominus* 16. *ff. de instructo vel instrument. legato.* Confer *l. maium* 242. §. *plumbum* 2. *l. pen. ff. de verb. signif.* Secus, si ideo vela Cilicia parata sint, ne ædificia vento vel pluvia laborent; tunc enim ædium instrumenta esse Cassius censuit, *d. l.* 12. §. *vela autem* 17. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Sed nec ad emtorem transeant, quæ nunquam ædificio juncta fuerunt, etsi eum parata in finem, ut jungerentur, sive columnæ & marmora sint, sive tegulæ tegendi causa jam in domum allatæ, *d. l.* 17. §. *pen. d. l.* 18. §. 1. *ff. h. t.* Confer de ædium venditarum accessionibus Manticam *de tacitis & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 15.

6. Illud urbanorum ac rusticorum prædiorum venditioni commune est, quod emtori præstari debeant libera ab omni onere servitutis, quæ a lege vel statuto imposita non est, si; *ut optima maximaque sunt*, empta fuerint; quod si vel simpliciter sint vendita, vel generaliter cum servitutibus impositis ac constitutis, ad ea libera præstanda venditor obligatus non est, nisi dolo malo servitutes a venditore dissimulatas appareat, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Idemque fere in tributis obtinet, ut tributorum emti prædii nomine præstandorum intuitu non teneatur venditor, nisi ea abesse dixerit, aut studio ac decipiendi causa dissimulaverit, *l. si sterilis* 21. §. *si prædii* 1. *ff. h. t. l. si minor* 9. *C. h. t.* Sed & vice versa nullæ præstandæ cum prædio vendito servitutes prædio debitæ, licet cum formula, ut *optimum maximumque*, venditum proponatur, nisi dictum nominatim fuerit, servitutem accessuram, *l. pen. ff. de eviction. l. cum venderet* 59. *ff. de contrahen. emtion. l. qui uti optima* 90. *ff. de verb. signif. l. si arborem* 17. §. *pen. & ult. ff. de servit. præd. urban.* Adde Brissonium *antiquit. select. lib.* 1. *cap.* 19. que tamen, si prædio vendito acquisita fuerint, omnino præstandæ forent, licet id nominatim actum non sit; adeo ut venditor emtori teneatur ob dolum, cum venditor servitutum quasdam non commemorasset, sed sciens reticuisset, & ob id eas emtor non utendo amisisset, *l. in vendendo* 66. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Quod si duarum ædium dominus eas diversis vendiderit, vel unam ex his, alteramque domum sibi servaverit, cum una aliarum stillicidium reciperet, vel tigna immissa, vel protecta aliaque similis, quæ non sine servitute habentur aut fiunt, magis est, ut emtores hæc prædia cum istiusmodi juribus, uni commodis, alteri incommodis, in emtores transferri non debeant, nisi aut nominatim servitus imposita sit, aut ædes sint venditæ cum adjectione illa *uti nunc sunt*, *l.* 1. *ff. de servit. legata*, *l. si quis ædes* 30. *ff. de servit. præd. urban. l. in tradendis ff. commun. prædior. tam. urb.* 7. *quam rust.* arg. *l. Gaurus Marcello* 10. *l. si binarum* 35. *ff. de servit. præd. urban.* Ac secundum hanc limitationem accipienda, quæ generalius a Neratio in *l. pen. ff. de damno infecto*, nec non a Papiniano ac Juliano tradita inveniuntur in *l. binas quis* 36. *l.* 37. *ff. de servit. præd. urb.* præsertim, si consideres, utramque cohærere, per particulam *idemque in pr. d. l.* 37. auctorem autem *legis* 37. Julianum esse, adeoque eundem, qui in *l.* 1. *ff. de servit. legata* notavit alium generalius respondentem, servitutem impositam videri; nec secundum ante dicta admisit id aliter quam si id actum esset. In quam sententiam etiam responsum extat inter Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 145. *pag.* 287. licet contraria sententia placuerit Hugoni Grotio *manuduct. ad jurisprud Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *num.* 8. Confer Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 75. *pag.* 253. Menochium *de præsumtion. lib.* 4. *præsumt.* 144. *numer.* 2. 3. 4. Matthæus de Afflictis *decis.* 298. Cæpollam *de servitut. præd. urban. cap.* 38. *num.* 6. Ant. Thesaurum *decis.* 216.

7. Arce vendita, tradenda simul videntur tormenta bellica, ejus tuendæ causa parata, tanquam quæ propter castrum ibidem habentur, arg. *l. Julianus* 13. §. *ult. ff. h. t.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 96. Cujacius *ad feud. lib.* 2. *tit.* 2. *in med.* Wissenbach *ad Fund. h. t. vol.* 1. *disp.* 37. *num.* 7. Parens p. mem. Paulus Voet *de natura mobil. & immobil. cap.* 5. *n. ult.* castro vendito vel territorio, transferenda etiam in emtorem jurisdictio, omniaque alia jura similia, quæ castro cohærent, Rosenthal *de feudis cap.* 12. *conclus.* 15. *n.* 40. *& seqq.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *tit.* 16. *num.* 30. & *seqq.* ipsa quin etiam jura suffragii, nisi simul personæ qualitas, veluti nobilitas, ad jus suffragii requisita sit, nec talis in emtore deprehendantur. Vide Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 144. Vivario distracto, vendita quoque videri possunt animalia, quæ propagationis causa vivario inclusa sunt; nec aliud in piscinis venditis piscium intuitu respondendum est, arg. *l. possideri autem* 3. §. *item feras bestias* 14. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* junct. *l. usufructuarium* 62. §. 1. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 30. 51. Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 15. *n.* 14. Confer Argentræum *ad consuetud. Britan. art.* 76. *not.* 10. In quæstione, quid, taberna vendita, venditum intelligatur, dicendum videtur, ipsas quidem merces in ea existentes neutiquam distracta videri, sive simpliciter, sive instructa vendita sit, nisi nominatim merces quoque emtione comprehensæ sint, vel una cum taberna sint vendita ea omnia, quæ tabernæ exercendæ & instruendæ causa facta parataque sunt. arg. *l. si ita testamento* 15. *ff. de instruct. vel instrum. legato*, at respectu instrumentorum tabernæ distinctione opus est: nam si simpliciter taberna sit vendita, instrumenta in dubio non censentur venisse, sed tantum solum, seu locus ille, aut statio, in qua merces solent venales proponi; aut si publicus locus sit, tantum usus ejus ac jus merces illic venales habendi, arg. *l. qui tabernas* 52. *ff. de contrab. emt.* si vero taberna instructa sit vendita, omnia quoque instrumenta tabernæ cauponariæ instrumentis comprehendi, dolia, vasa, ancones, calices, trullas, item urnas æneas, congiaria, sextaria, & similia, imo & ipsos cauponæ institores, Paulus tradidit *l. taberna cauponaria* 13. *ff. de instruct. vel instrum. legat.* & hoc puto velle Ulpianum, cum ait, *instructam tabernam esse accipiendam, quæ & rebus & hominibus ad negotiationem paratis constat*, sic ut illic per *res* non denotentur *res venales*, sed res illæ, seu instrumenta illa sine quibus exerceri taberna non potest, *l. instructam autem* 185. *ff. de verb. signif.* Nec his adversatur, quod taberna pignori obligata merces in

taberna obligatæ sunt, *l. cum tabernam* 34. *ff. de pign. & hypot.* Placuit enim istud ita in pignoribus, tum ne alioquin nihil conventione pignoris actum videretur, *d. l.* 34. tum quia obligatio mercium non ita nocet, atque quidem noceret venditio; cum pignoris datione firmetur tantum debitum, at non durius aut majus efficiatur. Confer Alciatum ad *d. l.* 185. *ff. de verb. signif.*

8. Ceterum non immobilium tantum, sed & mobilium distractorum accessiones sunt. Vino namque vendito, etsi dolia majora in terra defossa, quibus illud reconditum fuit, vendita non intelliguntur, quippe magis horreorum accessiones, ut ante dictum; minora tamen vasa, in quæ vinum ex doliis asportationis causa transfundi solet, una cum vino vendito in emtorem in dubio transeunt, *l. vinum cum vasis* 15. *ff. de trit. vino vel oleo legato*, arg. *l. qui penum* 5. *§. ult. l.* 4. *ff. de penu legata*, Cujacius *lib.* 2. *observat.* 36. Gœddeus *ad l.* 206. *ff. de verbor. signif.* Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 77. Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 15. *num.* 13. Licet quandoque dolia cum vasis confundantur, & *vasa* dicantur, quæ eodem in textu semel iterumque *dolia* appellata erant *l.* 1. *§.* 3. *de peric. & comm. rei venditæ*, *l. fundi nihil* 17. *pr. ff. h. t.* Sed & venditis avibus omnibus quas venditor venales habet, simul debentur aviaria portatilia, quibus aves inclusæ erant, cum & sub avium legato contineantur, arg. *l. avibus legatis* 66. *ff. de legatis* 3. a legatis autem ad venditionem circa accessionem argumentum procedere, colligi potest arg. *l. Julianus* 13. *§. ult. l. fundi nihil* 17. *§. fundo* 2. *ff. h. t.* Adhæc equo vendito ephippium & frenum reliquaque ornamenta, quibus equus venditionis tempore ornatus aut instructus erat emtori deberi, nisi nominatim excepta fuerint, verius est, *l. ædiles ajunt* 38. *pr. ff. de ædil. edict.* Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 15. *in pr.* Mozzius *de contract. tit. de naturalib. emt. & vend. n.* 48. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 1. *art.* 27. *in addit. in pr.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 25. Quin &, si navis jam ad iter aut piscationem exercendam parata, atque instructa apparatu piscatorio, annona nautica, similibusque, vendatur *ita uti nunc est*, (*so het daar leyd*) omnia illa quæ in navi sunt, non sola navis instrumenta, videri vendita, responsum est, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 24. Licet alioquin navi simpliciter instructa aut cum instrumentis distracta, nil præter instrumenta navigationi necessaria debeatur, ac ne scapha quidem secundum jus Romanum in emtorem transferenda fuerit; eo quod scapha mediocritate, nongenere, a navigio distat, & ideo instrumentum ejus esse nequit, *l. ult. ff. de instruct. vel instrum. legato.* Cujus tamen contrarium moribus nostris obtinere, statuit Groenewegen ad *dict. l. ult.*

9. Non tamen emtorem servi sequitur peculium ejus, *l. quoties servus* 29. *ff. de contrah. emt.* Nec ove, vacca, vel equa vendita, in emtorem transferri debet hædus, aut vitulus, aut pullus equinus, venditionis tempore jam editus, nisi aliud actum sit arg. *l. legatis servis* 65. *§. ult. l. servis legatis* 81. *§. ovibus* 4. *ff. de legatis* 3. Non enim probanda vulgata interpretum distinctio, utrum fœtus animalis jam ad eam ætatem pervenerit, ut ali sine matre possit, & herba pasci, an vero fœtui interitus immineat, si a matre separetur; quasi hoc casu simul fœtus venditus intelligi deberet; illo non item, Gomesius *var. resol. tom* 2. *cap.* 2. *num.* 14. Mozzius *de contract. de naturalib. emt. vend. num.* 44. cum utique opinio ista neque ratione sufficiente, neque lege, firmata sit, nec id dictet *l. si, ut certo* 5. *§. usque adeo* 9. *ff. commodati*, *l. quamvis* 10. *de precario*, *l. sed addes* 19. *§. si quis mulierem* 7. *ff. locati*, quippe quæ de locatione & precario ac commodato agentes, ad emtionem haud transferendæ sunt; nec a custodia circa fœtum præstanda ad translationem dominii argumentum procedit.

10. Ita autem emtori res venditæ cum accessionibus tradendæ sunt, ut ei vacua acquiratur possessio, *l. si in emtione* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* sive id nominatim actum sit, sive non. Si tamen expressa stipulatione cautum sit, *vacuam tradi possessionem*, vi stipulationis emtor rem quidem, at non fructus petere posset, quippe ad quos tunc magis actione ex emto contendendum foret, *l. ratio.* 3. *§. si emtor* 1. *ff. h. t.* quia ea actionis ex stipulatu aliisque stricti juris negotiis descendentis natura est, quod quoties ea persequimur rem, quæ nostra non fuit, fructus non consequamur etiamsi mora facta sit, sed demum a tempore litis contestatæ, *l. videamus* 38. *§. si actionem* 7. *ff. de usuris.* Plane, si *rem tradi vacuamque rei possessionem* stipulatus esset, repetitio talis efficeret, ut & fructus ea viderentur stipulatione comprehensi, *l. si stipulatus sis* 4. *ff. de usuris.* Vacuam vero possessionem tradere venditor intelligitur, cum ita tradit, ut res possessori ab alio avocari nequeat, adeoque emtor in lite de possessione potior futurus sit, *l. ex emto* 11. *§. idem Neratius* 13. *ff. h. t.* Unde tradita non censetur possessio vacua, si alius in ea legatorum aut fideicommissorum servandorum causa in possessione sit, aut creditores bona possideant, aut venter in possessionem missus fuerit, & generaliter ratio possessionis, quæ a venditore fieri debet, talis est, ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur, *l. si in emtione* 2. *§.* 1. *l.* 3. *pr. ff. h. t.*

11. Vacuæ hujus possessionis traditæ effectus est, quod, si venditor dominus fuerit, emtorem quoque dominum faciat; si non fuit, emtori tantum evictionis nomine obligetur, *l. ex emto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. h. t.* dummodo meminerimus, ita demum in emtorem dominium transferri traditione, si pretium numeratum fuerit, vel satis eo nomine factum, vel sine ulla satisfactione de pretio fides emtoris sit habita, *l. quod vendidi* 19. *ff. de contrah. emt. d. l.* 11. *§.* 2. *ff. h. t. §. venditæ* 41. *Instit. de rer. divis. l. procuratoris* 5. *§. sed si dedi* 18. *ff. de tribut. act.* Fidem autem de pretio habuisse censetur venditor, si in securitatem ejus fidejussores acceperit, aut pignora, aut aliam non absimilem securitatem, *d. l.* 5. *§.* 18. *ff. tribut. act. d. §.* 41. *Inst. de rer. divis.* arg. *l.* 1. *§. item quæritur* 11. *& §. si quis pignus* 15. *ff. de separation.* si pretii novaverit obligationem, arg. *d. leg.* 1. *§. illud sciendum* 10. *ff. de separat.* si usuras pretii receperit vel exegerit, sive in præteritum, sive in futurum adeoque in antecessum, arg. *d. leg.* 1. *§. illud* 10 *in fine ff. de separation. leg. qui in futurum* 57. *pr. ff. de pactis*, si indulserit emtori solvendi dilationem, arg. *l. pen. C. de re judicata*, *l. qui ea lege* 3. *C. de pact. inter emt. & vendit.* Quod si simpliciter rem venditor tradiderit, ac ab emtore au-

ferri passus sit, nec quicquam de pretii solutione dictum fuerit, neque quicquam eorum intervenerit, quæ jam enumerata sunt, vix est, ut dici debeat de pretio tunc fides habita; cum ita neque securus fuerit venditor redditus, neque ei satisfactum sit, neque ullum habitæ fidei indicium existat; atque insuper, admissa sententia contraria vix casus superfuturus esset, in quo non emtori intelligeretur de pretio fides habita, nisi cum nominatim id expressum esset, venditorem nolle sequi fidem emtoris, atque ita frustranea videretur illa Imperatoria admonitio, *non aliter res venditas & traditas emtori acquiri, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit*, *d. §. 41. Instit. de rer. divis.* Confer Mollerum *semestrium lib. 4. cap. 28. n. 3. 4. & seqq.* Hugo. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 5. n. 19.* Vinnium ad *§. 41. Instit. de rer. divis.* Resp. Jurisc. Holl. *par. 4. consil.* 217. Sim. van Leeuwen *cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 17. n. 20.* & alios ibidem citatos.

12. An autem, & quando, res vendita & tradita, etiam post fidem de pretio habitam, vindicari per venditorem possit, latius expositum *tit. de rei vindic. n. 14. 15.* Uti & plenius in *tit. de acquir. rer. domin.* explicandum erit, ex emtione aliisque similibus causis non aliter transferri dominium immobilium, & quæ immobilibus hac in parte assimilata sunt, quam si traditio solemniter coram lege loci, aut in feudalibus coram curia feudali, facta sit, soluto etiam quibusdam in locis tributo quadragesimæ aut alterius partis pretii, fisco pendendæ.

13. Quandoque tamen præter vacuam emtæ rei possessionem etiam alia per venditorem emtori præstanda sunt. Rerum namque fungibilium, nec non prædii ad quantitatem venditi admensuratio aut appensio venditori incumbit, arg. *leg. quod sæpe 35. §. in his, quæ 5. ff. de contrab. emt. l. 2. §. 1. ff. de peric. & commodo rei vend.* de qua mensione ac quæstionibus circa eam, agendum pluribus *tit. de solutionibus.* Fundi venditi demonstrationem fieri necesse est, *l. Titius heres 48. ff. b. t.* Licet nominare confinium agrorum dominus venditor haud teneatur, quasi supervacua sit nominatio confinium post ipsos fines satis monstratos, *l. cum servo 63. §. 1. ff. de contrab. emt.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 8. n 17.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. num. 13.* neque etiam tradere emtori instrumenta ad probandam originem acquisitionis, seu docendum jus suum, necessaria; quippe quæ monstrari seu ostendi emtori, ac ubi usus exegerit; exhiberi sufficit, ea lege, ut, postquam iis emtor usus fuerit, venditori asservanda restituantur, arg. *l. instrumenta 24. C. de fideicommissis, d. l. Titius heres 48. l. creditor 52. pr. ff. b. t.* Groenewegen *ad Grotii manud. d. lib. 3. cap. 15. num. 14.* Carpzovius *defin. forens. par. 2. constit. 33. defin. 18.*

14. Omnia insuper præstanda emtori commoda, cedenda jura, & actiones, quæ rei venditæ occasione per venditorem acquisita sunt, enumerata in *t. de peric. & commodo rei vend. n. 9.* Interponenda & cautio de his omnibus tradendis aut præstandis, si nondum venerit dies traditioni præfixus, vel traditio de præsenti aliquo casu impedita sit, arg. *l. ex emto 11. §. idem Neratius 8. ff. b. t. l. emtor 24. C. b. t. l. in omnibus 41. ff. de judiciis, §. & si rem 2. 3. in tit. de offic. judicis.* Ac denique solvendum id quod interest, si vel res aliena a sciente vendita sit, licet necdum evicta, *l. servus, quem 30. §. 1. ff. b. t.* (utcunque nominatim id actum esset, ne eo nomine quicquam præstetur, nisi & emtor sciverit rem alienam esse, *l. tenetur ex emto §. ult. ff. b. t.*) vel res sacra aut alias commercio exempta ignoranti dolo malo distracta fuerit, *§. ult. inst. de emt. venditione, l. qui officii 62. §. 1. ff. de contrab. emt.* vel venditor malum confinem celaverit, quem emtor si audivisset, non fuisset emturus, *l. quod sæpe 35. §. ult. ff. de contrab. emt.* (quod tamen moribus non obtinere, monet Groenewegen ad *d. l. 35. §. ult.*) vel in mora tradendi sit, aut dolo vel culpa tali, quæ per eum ex natura negotii vel conventione præstanda est, fecerit, quo minus tradere possit; vel denique contumaciter tradere nolit, cum haberet tradendi facultatem. Neque enim venditor ad traditionem rei venditæ præcise cogi potest, sed liberatur præstando id quod interest; tum quia obligatio ad tradendum est facti obligatio; in omnibus vero faciendi obligationibus id obtinet, ut, qui factum non adimplet, præstatione pecuniaria ejus quod interest, defungi possit, *l. si quis ab alio 13. §. 1. ff. de re judic. §. ult. inst. de verbor. obligat.* tum quia nulla legibus via aut ratio est prodita, per quam districte ad traditionem compelli posset; tum denique quia pluribus in legibus præstatio ejus, quod interest, venditori invenitur imposita, qui rem venditam procacia sua tradere non vult, *l. si traditio 4. C. de act. emti l. si jactum 12. ff. b t.* Nec est, quod excipiatur, in emtione rem, non factum, in obligationem deduci, *l. venditor ex hereditate 21. in med. ff. de hered. vel act. vend.* ac vacuæ possessionis traditionem non nudum esse factum, sed tale, quod continet causam bonorum, *l. in conventionalibus 52. §. 1. ff. de verbor. oblig.* Etenim ita in emtione res in obligationem deducitur, ut circa eam interponi debeat facti præstatio, traditio scilicet vacuæ possessionis: quæ ipsa traditio etiam in se spectata nudum factum est, consistens quippe in datione de manu in manum, aut inductione in possessionem, aliove facto simili, quo contingit translatio possessionis; ac proinde ejusdem naturæ est factum *tradendi fundum & fossam fodiendi* quantum ad præstationem ejus quod interest ob id, quod factum impletum non fuit, nec quisquam directo per rerum naturam ad factum cogi potest, *l. stipulationes 72. pr. ff. de verbor. oblig.* nec aliam puto rationem esse, cur is, qui stipulatus est *fossam fodiri, vacuam possessionem tradi, domum ædificari*, dicatur *incertum* stipulatus esse, *l. ubi autem non 75. §. quid id 7. ff. de verb. oblig.* quam quia incertum est, an implementum facti secuturum sit, an vero, quia factum non fuit præstitum, in pecuniam condemnatio facti vicem sit suppletura. Quod autem in *d. l. 52. §. 1. de verb. oblig.* Ulpianus scripsit, vacuæ possessionis traditionem *non nudum factum esse*, sed *causam bonorum* continere, non alio pertinet, quam ut significet, ex facto illo traditionis vacuæ possessionis aliquid nostris bonis accedere, dominium nempe aut civilem possessionem cum usucapiendi facultate, juxta *l. ex emto 11. & in primis 2. ff. b. t.* junct. *pr. instit. de usucapion.* quod non ita est in aliis factis, nihil post se relinquentibus, aut patrimonio adjicientibus, quale est factum eundi Romam, in Capitolium ascendendi, & quæ hujus generis sunt alia plura. Nul-

larum quoque virium sunt, quæ ex nostra sententia a nonnullis educuntur absurditates; sic jus civile probare contractuum violationem, sic legis auctoritate frangi impune posse fidem datam, dum aliud in obligationem deductum fuit, aliud emtori invito obtruditur. Considerandum enim in obligatione quidem solam esse tradendi necessitatem, §. 2. *inst. de donat. d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* sed in liberatione esse præstationem ejus quod interest; quæ ipsa præstatio ejus quod interest ob rem non traditam perfidiæ ac contractus violati pœna est, *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend.* ut proinde non impune ferat frangens contractus fidem; nisi quis eadem ratione contendendum putet, & dolum impune fieri, & facti nudi obligationes impune negligi, dum in contractibus dolum faciens factumve nudum haud adimplens, non in aliud quam quanti adversarii interest damnari solet. Quin imo, pari jure dixeris, venditorem, qui dolo malo fecit, quo minus rem tradere posset, dum illam confregit consulto, vel in mare abjecit, vel alteri postea vendidit ac tradidit, impune fidem frangere, cum omnibus etiam dissentientibus placeat, hoc omnea ad id quod interest rem traditam non esse, oportere damnari. Frustra quoque obtenditur, adversus venditorem refractarium paratam esse ablationem manu militari faciendam, quo fiet, ut emtor vacuam possessionem atque ita traditionis effectum consequatur, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic.* Penitius enim attendenti apparebit, in *d. l.* 68. ablationem manu militari adhiberi, ut res iniquo ac contumaci subducta possessori ad verum dominum revertatur, eique suum defendatur potentissimum dominii jus; quorum nihil in emtione contingeret per ablationem manu militari factam, dum res vero auferretur domino, ac dominium ejus tribueretur ei, qui dominus non est. Ne dicam, ablationem atque translationem dominii a domino in alium jure Romano judicium & magistratuum ordinariorum excessisse potestatem, ac solius Principis aut legis id fuisse: usque adeo, ut ne hypothecario quidem creditori, potentius in pignore jus habenti, quam emtor emtæ rei ac necdum traditæ intuitu habet, prætor dominium pignoris, emtorem toto biennio haud invenientis, addicere potuerit, sed solus Princeps, *l. ult. C. de jure domin. impetr.* nec alia prætoribus competierit per manum militarem inductio in possessionem, quam quæ missionis in possessionem tuendæ gratia interponebatur, dominium neutiquam inducto tribuens, sed tantum detentionem *l. si quis missus* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit, l. si finita sit* 15. §. *ubi autem* 23. *ff. de damno infecto.* Non etiam adversatur, quod interesse nequeat duplum excedere, *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest feruntur*, & tamen venditor ne duplo quidem pretio oblato ab emtione possit resilire, aut ejus petere rescissionem, *l. non est* 6. *C. de rescind. vend.* Agit enim *l.* 6. de casu, quo contractus utrimque jam impletus erat traditione rei & pretii numeratione; a quo proinde recedi non poterat, nisi nova interposita venditione, *l. ab emtione* 58. *ff. de pactis*, ad quam de novo ineundam invitus nemo compellitur, nec dupli nec quadrupli facta oblatione, *l. invitum* 11. *C. de contrah. emt.* Pretii certe numeratio supponitur, quia non potest *offerri pretium duplum*, nisi ab eo, qui id jam recepit. Supponitur & traditio, quia, si venditor necdum tradidisset, supervacua ipsi foret petitio rescissionis; cum & retinere rem sibi potuisset, & alteri vendere ac tradere dominiumque in secundum emtorem transferre, non aliam subiturus perfidiæ pœnam, quam ejus quod interest præstationem, ut ante dictum, *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend.* Sed &, si vel maxime daretur, in *d. l.* 7. *C. de re rescind. vendit.* agi de venditione tali, ad quam necdum rei traditio neque numeratio pretii secuta fuit, non tamen argumentum, inde a dupli pretii oblatione petitum, ulla stringeret ratione; cum tempore Diocletiani & Maximiani, auctorum d. legis sextæ, nondum præstatio ejus, quod interest, ad duplum coarctata fuerit, sed omnino duplum excedere potuerit; dum a Justiniano demum inductum fuit, ne id quod interest, in casibus certis duplum egrediatur, per *d. l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Minus movet, quod ea ratione fieri possit, venditorem ex sua perfidia lucrum sentire, emtorem vero hærere in damno, si forte res aureis centum emtori primo distracta deinceps trecentis aut pluris vendi potest, quo tamen casu emtor a venditore non ultra duplum, adeoque non ultra ducentos aureos nomine ejus quod interest consequeretur, *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Etenim, aut tempore venditionis res aureis centum emta valebat trecentis atque tunc venditor non tam præstabit emtori id quod interest, quam potius ipse desiderabit suppleri pretium vel rem restitui, quia læsio ultra dimidium est, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* aut ex adverso, cum tempore contractus non pluris valuisset res vendita, quam quanti distracta erat, aucto postea pretio cœpit trecentis valere, ac eo casu totum, quanti emtoris interest, atque adeo etiam triplicatum pretium emtione expressum, venditor præstare compellendus foret; quia illud interesse fluit ex incerta causa, incremento scilicet incerto æstimationis temporis futuri post venditionem, dum præsentia quidem rerum pretia certa sunt, futura non item; in casibus vero incertis condemnatio in id quod interest intra dupli quantitatem coarctata non est, *d. l.* 2. *C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Leve insuper est, quod ajunt, parem emtoris ac venditoris obligationem esse; emtorem præcise cogi ut pretium solvat, venditorem ergo compellendum vicissim ut rem præcise tradat emtori. Diversitatis namque ratio in eo est, quod re non tradita in locum ejus subintrare possit præstatio ejus quod interest, & rei ipsius vice fungi; at pretii seu pecuniæ numeratæ vicem supplere nequeat id quod interest, cum omnia æstimet pecunia, a nullo æstimetur, nec, uti æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda sit, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* Non obstat denique, quod a Paulo scriptum est, *eum qui alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei extiterit, cogendum implere venditionem*, *l. si quis alienum* 46. *ff. h. t.* quæ coactio ad implementum excludere videtur liberationem per præstationem ejus quod interest, quippe ad quam ejus quod interest solutionem venditor etiam ante impetratum successionis jure dominium devinctus erat, *l. servus, quem* 30. §. 1. *ff. h. t.* Respondendum enim, obligationem quidem ad tradendum, quæ & ante acquisitum dominium nata erat ex venditione, firmari magis per supervenientem proprietatis acquisitionem; adeo ut, cum antea tradendo non dominium, sed tantum pos-

sessionem, in accipientem fuisset translaturus, nunc emtorem ex traditione dominum efficiat, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* sed id non impedire, quominus & post acquisitum dominium praestatione ejus quod interest liberetur, maxime si consideres, etiam ante dominium quaesitum venditorem ex ipso venditionis contractu obstrictum fuisse ad implendam venditionem, *d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* Nostros vero mores quod attinet, scriptum quidem a pluribus invenio, venditorem habentem rei tradendae facultatem compelli posse, ut tradat, nec liberari praestando id quod interest. Neostadius *Curiae supr. decis.* 50. Groenewegen ad *l.* 4. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 10. atque ita emtori electionem a Grotio tribui, utrum post moram in tradendo velit acceptare a venditore quanti sua interest, an etiamnum mordicus urgere traditionis necessitatem, *Manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 26. 27. 28. Neque haec dubium habebunt, si judicibus nostratibus id vindicetur, quod ex officio suo veris dominis rem auferre & in alium transferre possint, uti hanc ipsis potastatem defendit Neostadius *d. decis. supr. Cur.* 50. Caeterum si extremum illud, abductionem, nempe aut inductionem in possessionem per manum militarem non ita facile nec promiscue adhibendam judices censuerint, alterumque propositum a Neostadio cogendi modum amplecti malint, civile nempe venditoris custodiam (*Gyzelinge*) magis est, ut tunc adhuc Romani juris definitionem servari dicamus, in quantum tunc non aliud in reis ad tradendum compellendis adhibetur remedium, quam quod ad impetrandum implementum obligationis ad alia qualiacunque sive nuda sive non nuda facta tendentis comparatum est; atque adeo adhuc verum erit, liberari venditorem praestando id quod interest, sicut evenit in omnibus facti obligationibus: quod & Neostadius haud diffitetur, dum scribit, si venditor taedium carceris pervicacia evincat, & tradere nolit, tum demum emtori facti praestationem per judicem aestimare licebit, pretiumque pignoribus captis exsequi, venditore nihilominus carcere detento, dum pretium ex pignorum captorum distractione confectum, resque judicata soluta fuerit, *decis.* 50. *in fine.*

15. Non tamen praestanda emtori per venditorem ea, quae tantum commendandi gratia, non ut praestaret, de rei bonitate dixit, nisi dolus concurrat, *l. sciendum* 19. *ff. de aedil. edict. l. quod venditor* 37. *ff. de dolo, l. Julianus* 13. §. *si venditor* 4. *ff. h. t.* aut nisi temere asseveraverit bonae frugi & fidum esse servum, quem vendidit, cum fur esset; eo quod, uti is, qui scit, praemonere debuit, furem esse, sic, qui id ignorat, non debet facilis esse ad temerariam indicationem, *l. Julianus* 13. §. *quid tamen* 4. *ff. h. t.* Sed de his latius *t. de aedil. edict.*

16. Venditi actio, quae itidem personalis & bonae fidei est, venditori datur; sive rei venditae dominus sit, sive, cum dominus non esset, vacuam tamen tradiderit rei possessionem, arg. *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *in fine ff. h. t.* Neostadius *Curiae. supr. decis.* 125. & utiliter etiam ei, pro qua procurator ex mandato rem vendidit, arg. *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 15. *ff. h. t.* Si judicis decreto per executores rei judicatae res venditae sint, executoribus ipsis velut venditoribus, non item creditoribus, in quorum utilitatem cedet pretium, actio haec danda est, arg. *l. a D. Pio* 15. *. sed si emtor* 7. *ff. de re judicat.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *concil.* 229. *pag.* 656. Instituitur autem adversus emtorem, & utiliter etiam contra eum, qui emi mandavit, maxime, si cum constaret de mandato, nomen ejus, tanquam emtoris, insertum sit instrumento emtionis, ac merces mandati traditae sint, arg. *d. t.* 13. §. 25. *ff. h. t.* etiamsi tunc mandans procuratori pretium numerasset, venditori pro re vendita pendendum; nec hic persolverit, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 248.

17. Quod si quis rem ea emerit lege, ut pretium solvat, *quando voluerit*, aut *postquam fuerit Romam profectus*, ipse quidem vivus conveniri nequit ut pretium praestet, aut Romam eat, quo nascatur exactio pretii, sed magis post obitum ejus adversus heredes demum ad implementum contractus agendi potestas est, quasi extincto jam illo volendi arbitrio, ex quo non ipse contractus suspensus erat, sed tantum implementum contractus pure celebrati, arg. *l. locatio* 4. *ff. locati.* Nec adversatur, *l. centesimis* 46. §. *pen. & ult. ff. de verb. obl.* in qua Paulus ait, inutilem esse verborum obligationem, qua quis promittit centum, *si voluerit*, vel *cum voluerit* quidem ipse vivus non constituerit se velle obligatum esse; unde sequi videbatur, nostro quoque casu inutilem emtionem esse, si emtor ipse vivus Romam eundo non declaraverit, se velle debere. Etenim longe aliud est, totam venditionem, stipulationem, aliamve similem conventionem dependere ab arbitrio ejus, qui futurus est debitor; quo casu, uti stipulatio secundum *d. l.* 46. §. *pen. & ult.* inutilis est, ita quoque emtio imperfecta censetur, *l. quod saepe* 35. §. *illud* 1. *ff. de contrah. emt.* aliud vero, emtionem pure contrahi, sed implementum ejus differri in tempus arbitrio emtoris ac voluntate definiendum, quod est in nostra facti specie; in qua tantum obligationis ad pretium solvendum, illico cum ipso contractu natae, executio suspensa fuit a voluntate emtoris; cujus proinde voluntas morte cessans, etiam non ultra suspendere potuit implementum a sola emtoris voluntate dilationem habens, *d. l.* 4. *ff. locati*, Sande *dec. Fris. lib.* 3. *t.* 9. *def.* 2.

18. Tendit haec actio ad id, ut emtor pretium solvat, nummosque ita solutos accipientis faciat jure dominii, licet res aliena fuisset vendita, arg. *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* impensas restituat a venditore post venditionem in rem emtam factas, adeo ut & in funus servi venditi, sed ante traditionem extincti, erogata reddenda sint, *l. Julianus* 13. §. *praeterea* 22. *ff. h. t. l. pen. C. h. t.* arg. *l.* 1. §. *licet autem* 3. *ff. de peric. & comm. rei vend.* atque etiam sumtus in cibaria servi aut animalis venditi, si per emtorem steterit, quo minus ei traderetur, *l. si venditor* 38. §. *si per emtorem* 1. *ff. h. t.* Praestet insuper ea omnia, quae vel ex speciali pacto apposito, vel ex natura emtionis praestanda sunt, praecipue usuras ex mora; cum aequum videatur, ut, dum re fruitur emtor, usurae venditori cedant, *l. curabit* 5. *C. h. t. l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. 21. *ff. h. t.* quod & nostris moribus, quibus alioquin difficilius ex mora extrajudiciali usurae debentur, (*ut dicetur t. de usuris*) in praediorum rusticorum & urbanorum venditione probatum est, ex quo illa fuerint emtori tradita, vel pensionis cujusque dies cessit, ubi annua bima trima die solutio pretii ex pacto fieri debet, arg. *l. le-*

Ra 40. *in med. ff. de reb. creditis*, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 4. 5. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 53. *in fine*. Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 41. *in pr.* nisi nominatim id actum sit, ut pensionum etiam illarum, quarum dies post demum cessurus est, usuræ pendantur, arg. *l. si legatum* 3. §. *ult. ff. de annuis legatis*. Neque ab hac usurarum obligatione emtorem liberabit, quod forte venditor spe futuræ numerationis apocham dederit, vel etiam graphiarius per quandam gratificationem confessus apocha fuerit, nummos ex re, præsente pecunia per auctionem publicam vendita, apud eum deponendos solutos esse, cum vere solutio non intercessisset, arg. *t. C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*, maxime si consideres, neque graphiarios ista prædictos esse gratificandi potestate, sed nudos pecuniarum consignatarum custodes censeri; neque emtori impunitam esse oportere fraudem legi venditionis factam, Ant. Mat. *de auctien. libr.* 1. *cap.* 15. *n.* 5. Neque quicquam facit in contrarium, quod apochis publicis non numeratæ pecuniæ exceptio opponi nequeat, uti nec confessionibus depositarum pecuniarum, *l. in contractibus* 14. §. 1. *C. de non numer. pecun.* cum id inter ipsos quidem illos, inter quos apochæ tales fabricatæ sunt, obtineat; aliis vero, quorum interest nihil clandestinis & domesticis simulari fraudibus, machinationes tales non debeant obesse, arg. *tot. t. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

19. Non etiam usurarum præstationi sese emtor jure subduxerit ex eo, quod ob imminentem rei venditæ ac traditæ evictionem denegaverit pretii solutionem, aut venditor noluerit illud legitimo modo oblatum acceptare; cum his in casibus oportuisset illud consignatum deponere; eo quod usuræ pretii rerum venditarum non tam ex sola consideratione moræ ex persona per interpellationem introductæ, quam potius propter conventionem aut moram ex re debentur, nostris præsertim moribus: ne scilicet emtor simul lucretur usuras pretii & fructus rei, *d. l. curabit* 5. *C. h. t. d. l.* 13. §. 20. 21. *ff. h. t.* qualium usurarum cursus sola oblatione non sistitur, sed depositione opus est, *l. acceptam* 19. *C. de usuris*, arg. *l.* 1. §. *ult. l. debitor usurarius* 7. *de usuris*, ac proinde, licet venditori, fidejussores idoneos pro evictione tunc non danti, pretium emtor solvere non cogatur, *l. pen.* §. 1. *ff. de peric. & commodo rei venditæ*, tamen nec in suos usus retinere potest, sed consignatum deponendum est, arg. *l. evictis agris* 18. §. 1. *ff. de usuris*. Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 8. & multi alii ibidem citati, Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 32. *quæst.* 2. Carpzovius *definit. forens. part.* 2. *constit.* 34. *defin.* 58. Berlichius *part.* 2. *conclus. pract.* 58. *n.* 15.

20. Non tamen hac actione consequitur venditor præter usuras omne omnino, quod mora non facta consequi potuisset, veluti si negotiator sit, & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, fuisset lucraturus, *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Nam nec emtor ob moram in tradendo factam jure petierit lucri istius æstimationem, quod negotiando quærere potuisset, impleta suo tempore rei venditæ traditione, *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem* 3. *ff. h. t.* Nec obstat *l. arbitraria* 2. §. *ult. ff. de eo quod certo loco*, cum id singulare sit in trajectitia pecunia, quæ negotiationis gratia certo loco numeranda erat.

21. Similiter ob pretium non solutum non recte venditor contendit ad emtionis dissolutionem, reique jam per traditionem translatæ restitutionem; sed magis ad implementum ejus experiundum est, *l. incivile* 12. *C. de rei vindicat.* nisi ab initio id nominatim convenerit, ut ab emtione ob moram in ea implenda factam recedere liceat, *l. venditi actio* 6. *C. h. t.* Ac de eo casu, quo id nominatim actum fuit, accipi poterit rescriptum Imperatorum in *l. cum te fundum* 6. *C. de pactis interemt. & vend.* si illico pro *conveniat* legatur *convenit*, cum Cl. D. Noodt *probabil. lib.* 4. *cap.* 2. Quamvis & dici non inepte possit, retenta lectione *d. legem* intelligi posse de contractu innominato, & nata ea occasione condictione causa data causa non secuta. Exiguo scilicet pretio *Rimulus* (ad quem dirigitur rescriptum) fundum in Titium transtulerat, certæ rei contemplatione inter eos habita, adeoque ut aliquid vicissim a Titio fieret aut præstaretur præter pretium illud vi ius emtione expressum; cum autem Titius contractum hunc innominatim ex suo latere haud impleret, ajunt Impp. eam rem *Rimulo* fraudi non fore, *quando non impleta promissi fide dominii* translati *jus in suam causam reverti conveniat*, id est, cum conveniat, seu æquum sit, non impleta promissi fide, adeoque non secuta causa, ob quam res viliori pretio distracta & sic data erat, jus dominii in suam causam reverti, ad Rimulum redire, intentata nempe condictione causa data causa non secuta adversus Titium, promissa non implentem, quam condictionem non ex vero, sed quasi ex contractu nasci, dictum fuit, *tit. de condict. causa data*. Atque ita facti species in *hac lege sexta* comprehensa coincidit fere cum ea, quæ est in *l. tenetur* 6. §. *si vendidi* 1. *ff. h. t.* ubi Pomponius ait, *si vendidi tibi insulam certa pecunia, & ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito ut reficias*. Nec est, quod regeras, eo ipso, quo Pomponius in *hac* lege actionem ex emto dat ad insulæ refectionem, necessario sequi, negotium hoc non ad contractus innominatos, sed ad emtionem debere referri, adeoque inepte *legem* 6. *C. de pact. inter emt. & vend.* ita accipi, quasi non emtio sed innominatus contractus in eo proponeretur. Etenim, quod in quæstione, utrum emtio an permutatio sit, si ex uno latere res, ex altero latere res simul & pecunia detur, responderi solet, videndum scilicet esse in dubio, utrum plus in re sit quam in pecunia, an ex adverso plus in pecunia quam in re pecuniæ addita, ut isto quidem in casu permutatio, in hoc vero emtio dici debeat; id huc quoque transferendum est. Scilicet, si in conventione, ut ex uno latere res præstetur, ex altero pecunia & simul factum aliquod, plus sit in æstimatione facti, quod pecuniæ dandæ junctum erat, quam ex ipsa pecunia, contractus innominatus erit, a potiori imposita denominatione, uti innominatus esset contractus, ubi tantum factum refectionis aut simile quid ex uno latere præstandum esset, secundum Pomponium & Neratium in *d. l.* 6. §. 1. *ff. h. tit. l. insulam hoc* 6. *ff. de præscrip. verbis*, ac de eo casu accipi oportere *legem* 6. *C. de pact. inter emt. & vend.* satis inde colligi potest, quod fundus proponitur non venditus, sed *exiguo pretio* in alium *translatus*, *certæ rei contemplatione inter eos*, qui contrahebant, *habita*; pre-

tium autem *exiguum* sine dubio censeri debet minus dimidiato, arg. *l. 2. C. de rescind. vend.* cum ergo ea ratione prædominaretur facti præstandi æstimatio, majorque esset exiguo illo pretio, quod intercesserat, non alius videri poterat contractus quam innominatus do ut facias. Contra, si plus sit in pecunia numerata, quam facti implendi ac pecuniæ adjuncti æstimatione, atque ita pecunia prædominetur, emtio magis quam contractus innominati species in tali conventione contineretur; ac de tali casu recte acceperis *d. l. 6. §. 1. ff. h. t.* ubi insula non simpliciter translata proponitur in alium, sed *vendita*, idque non exiguo aliquo pretio, sed simpliciter *certa pecunia*, cui certæ pecuniæ non factum adeo sumtuosum, sed tantum *refectio alterius insulæ*, addita fuit, qualis refectio plerumque ad modicas tantum impensas per fructuarium maritum in rebus dotalibus aliosque similes faciendas, nec finito usufructu aut matrimonio soluto reddendas, pertinet, arg. *l. usufructu 7. §. quoniam 2. ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. omnino 12. l. pen. ff. de impens. in rem dot. factis, l. fructus eos esse 7. §. ult. ff. soluto matrim.*

22. Quia vero nostris moribus frequens est, prædia pretio annua bima trima die solvendo vendi, & pensione prima soluta rem immobilem emtam coram lege loci ita solemnit transferri traditione, ut in pretium residuum res ipso traditionis tempore obligetur, cujus generis instrumenta obligatoria dicuntur *custing brieven*, & nummi inde debiti, *custing penningen*. Grotius *manud. ad Iurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. n. 56. 57.* hinc dubitari posset, an, si primus secundo prædium vendiderit pretio certis pensionibus solvendo, illudque pro pretio residuo particulatim statis temporibus pendendo obligatum coram lege loci solemniter tradiderit, secundus vero idem illud prædium rursus tertio distraxerit pretio itidem annua bima trima die numerando, cum jam pensionum primæ venditionis dies unus alterque venisset, neque tamen solutio secuta esset; an, inquam, primus venditor differre teneatur exactionem pensionum illarum, quarum dies jam venerat, donec venerint & dies pensionum illarum, in quas venditionis secundæ pretium divisum fuit? Sed cum res inter alios acta aliis non noceat, neque primus emtor alia lege rem in præjudicium venditoris tradere emtori secundo cum effectu potuerit, quam qua primus venditor eam voluit in primum emtorem translatam; consequens est, ut jure suo venditor primus recte præsertim petat solutionem illius partis pretii, cujus dies jam venit; aut alioquin prædium, tanquam jure pignoris sibi obnoxium, solemni subhastationis decreto vendi curet; nisi emtor secundus intercedat, oblata pensionum, quæ peti possunt, parata solutione, interusurium medii temporis, quo tardius ipse solvere potuisset, vicissim venditori secundo propter repræsentationem in pretii solvendi partem imputaturus.

23. In quæstione, uter prior contractum implere debeat, emtor an venditor; respondendum videtur, eum qui agit, sive emtor sit sive venditor, prius ex suo latere implere debere ac præstare omnia, ad quæ præstanda ex illo contractu obstrictus est, ne alioquin per reum conventum exceptione contractus ex latere actoris necdum adimpleti repellatur, *l. Julianum 13. §. offerri 8. l. qui pendentem 25. ff. h. t. l. ædiles etiam 25. §. ult. l. si servus 57. ff. de ædilit. edict. l. ex his prædiis 5. in fine C. de evictiou. l. fistulas 78. §. pen. ff. de contr. emt.* Zangerus *de exception. part. 3. cap. 22. num. 6. 7.* Gratianus *discept. forens. cap. 325. in pr.* Andr. Gayl *lib. 2. observat. 17.* Resp. Jurisc. Holl. *part. 2. consil. 122.* Groenewegen *ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. num. 9. & alii ibi cit.* Ut tamen exceptio contractus ex parte actoris non impleti non per reum excipientem probanda sit, sed magis per actorem ipsum, ex contractu velut impleto agentem, implementum probari debeat; nam etsi regulariter verum sit, reum in exceptione actorem fieri, & gravari onere monstrandi exceptionis veritatem, *l. 1. ff. de exception. l. si quidem 9. C. de excep.* non tamen id hic locum habet, tum quia totum actoris fundamentum in contractu ex sua parte impleto consistit, ut proinde implementum illud ab adversario negatum docere teneatur; æque ac probare teneretur contractum intervenisse, si & illud reus inficias iret, (de qua emtionis probatione vide Mascardum *conclus. 1409.*) tum quia reus in exceptione simplicem allegat facti negationem, cujus naturali ratione probatio nulla est, *l. actor 23. C. de probation. l. asseveratio 10. in fine C. de non numerata pecun.* Mascardus *de probation. conclus. 892.* Zangerus *d. part. 3. cap. 22.* Carpzovius *defin. for. part. 1. constit. 10. def. 18.* Plane, in quacunque judicii parte objecta fuerit actori exceptio contractus non impleti, liberum actori est implementum quantocius offerre, atque ita efficacem reddere suam, quæ laborare ab initio videbatur, petitionem, arg. *l. si rem alienam 9. §. ult. ff. de pignorat. act.* Gratianus *discept. for. cap. 325. num. 10.* Menochius *de arbitrar. jud. libr. 1. quæst. 16. n. 6.* Tiraquellus *de retract. gentil. §. 1. gloss. 18. num. 13.* Quod si neuter contrahentium alteri fidat, non aliud superest, quam ut & rei mobilis venditæ & pretii promissi sequestratio fiat, atque ita sequester venditori pretium, emtori rem præstet, *l. si soluturus 39. in fine ff. de solution.* vel uterque idoneam interponat de implendo contractu cautionem, arg. *l. videamus 26. ff. de ædil. edict.* Groenewegen *ad Grotii manud. jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 15. num. 8. in fine.*

TITULUS II.

Locati conducti.

SUMMARIA.

1. *Quid sit locatio, proxima emtioni? Quid distet a promissione de facienda locatione? An locatio in longum tempus sit alienatio? an sit inutilis quæ in longum tempus facta est, si non solemniter coram lege loci, ubi res immobilis locata jacet, facta sit, per distinctionem ex moribus explicatur. An prohibitus alienare in longum tempus locare possit?*
2. *An ad locationem prædiorum urbanorum & rusticorum scriptura opus sit in Hollandia & Ultrajecti?*
3. *Quæ res locationem recipiant, quæ non? An res aliena locari possit? An & quando per locationem dominium transeat?*
4. *An fructuarius, habitationem aut usum habens, aut antichresin, possit res illas elocare etiam ipsis dominis rerum?*
5. *Conductor quando ipse rursus elocare rem possit, quando non?*

6. De locatione operarum? quæ locari possint? eligit quisque, cujus opera uti velit. Fallit id in molitoribus & molendinis privilegiatis (dwang-Molens). Nec præfecti navium bellicarum merces jure transvebunt.
7. Merces in locatione quibus veniat appellationibus? certa debet esse. Sæpe, licet conventione non definiatur, usu tamen certa est.
8. Merces in pecunia numerata consistere debet; aliquando in parte fructuum. Quis sit colonus partiarius, & an is petere possit remissionem mercedis ob sterilitatem?
9. Locationes fiunt vel privatim vel auctione publica; auctione publica res fisci, Principis, civitatum, pagorum. De locatione, quamdiu locator voluerit; deque ea, quæ per curatores fit ad tempus, quo pupilli majorennes erunt. An ea expiret per veniam ætatis, aut per nuptias? De locatione tacita. An pro ea obligati maneant fidejussores & pignora primæ conductionis? An & repetita tacite censeatur clausula consensus in condemnationem, ac pœna stipulatio?
10. In quantum tempus tacite repetita censeatur conductio, maxime in prædiis rusticis & urbanis?
11. Apud nos nunc non ultra probatæ sunt tacitæ locationum continuationes in prædiis rusticis & urbanis. Non etiam tacita continuatio est, si locator furere cœperit vel moriatur, & finito locationis tempore nullus ei heres existat.
12. Qui plura scripserint de tacita conductione?
13. Finito locationis tempore, an primus conductor tantum offerens quantum novus, potior sit invito locatore? An non, si sit conductor prædii fiscalis? An fructuario elocante proprietarius extraneo conductori præferendus sit, si tantundem offerat?
14. Quid sit actio conducti? contra quos detur? Ad quid tendat? ubi de instrumentis ædium aut fundi locati; de reparatione; de patientia tollendi ea, quæ conductor suo sumtu fecit, & offerendi invecta illata, finita conductione. An & reparandum sit conductori damnum, quod ex vitio rei locatæ passus est?
15. Si quis separatim duabus eandem rem locaverit, vel suas operas, qui potior sit?
16. Recensentur casus, quibus conductor ante tempus expelli potest, nec tamen consequitur id quod interest: ubi de eo, qui re locata indiget ad proprios usus; de necessaria rei locatæ reparatione; de abusu conductoris; de mora solvendæ pensionis; de morte fructuarii & præbendarii, & fiduciarii, qui agros elocaverunt, & quo usque per pensionis perceptionem propietarius fideicommissarius aut successor præbendæ censeantur confirmasse præcedentem conductionem? denique de agro, qui per hostes captus, ab iis elocatus est, si ante finem locationis iterum expellantur.
17. Recensentur casus, quibus expulsus ante tempus consequitur id quod interest; sub quo & continetur, quanto pluris conductor primus secundo locavit. Ubi de eo, qui sciens vel ignorans locavit rem alienam; de fructuario, qui rem fructuariam locavit ut propriam; de fundo dotali per maritum locato, & an uxor soluto matrimonio stare teneatur tali locationi; & an pupilli locationi per tutores factæ? An legatarius proprietatis aut ususfructus, aut emtor, locationi per defunctum aut venditorem factæ? & quid nostris moribus in hisce obtineat?
18. Posita licentia expellendi conductorem ante tempus non privata, sed publica auctoritate id fieri debet; debet & præcedere denunciatio tempestiva, ut conductor sibi aliunde prospiciat in proximum migrationis tempus. Non impeditur expulsionis licentia ex eo, quod conductori ipsum prædium conductum in securitatem conductionis obligatum sit. Nec ob quemvis abusum, sed tantum ob graviorem, arbitrio judicis, conductor expelli potest.
19. Posito statuto, quod successor particularis stare teneatur locationi, etiam futuri temporis pensio ei solvenda est, licet conductor eam in antecessum jam solvisset locatori?
20. An literati ad migrandum cogere possint vicinos cum strepitu majorem artificia exercentem?
21. Quid sit actio locati? Quibus detur & contra quos? Si plures conduxerint, an singuli in solidum teneantur? An locatori primo actio detur contra secundum conductorem, saltem tunc, cum conductor secundus aliquoties primo solvit locatori? An conductor secundus solvens primo locatori liberetur?
22. Petitur hac actione merces integri temporis, licet conductor ante tempus migraverit, non habens migrandi causam. An cedat in conductoris ante tempus migrantis exonerationem merces illa, quam tertius pro reliqui temporis usu solvit; an magis cedat lucro locatoris.
23. Si conductor migret ex justa causa, non solidam totius temporis, sed tantum pro rata, mercedem solvit. Recensentur justæ migrandi causæ; ubi de alienatione per locatorem facta; non præstito commodo usu rei; incursu hostium aut latronum; justo metu ex ruina, peste violentiore, spectris. Non est justa causa, si conductor jure dominii commodum suis usibus prædium acquisiverit.
24. An, & quando ob insolitam sterilitatem remissio mercedis facienda sit, vel non, prolixe traditur; an ob insolitam ubertatem merces augenda sit?
25. Quæ sit insolita sterilitas, arbitrio judicis definiendum. Sterilitas æstimanda consideratis omnibus totius agri fructibus, non partium singularum, dum quædam in vineis, quædam in arvis sunt. Quid juris, si paucissimi fructus nati maximo pretio venditi sint? Quid si fructus uberrimi pretio vilissimo? An uno vicinorum remittente, etiam reliqui remittere debeant?
26. Recensentur aliæ causæ, ob quas remittenda merces; ubi de eo, qui sine causa expulsus est ante tempus; vel cum ab initio usum non præstitisset, postea offert; vel longe majorem dixit agri locati quantitatem.
27. Si operæ conductæ non sint, an nihilominus merces debeatur, explicatur per distinctiones; ubi & de nauta, qui vel suo vel mercatoris facto vel casu impeditus est merces transvehere, ex jure Romano ac moribus.
28. Si quis bona fide solverit mercedem hostibus ea regione potitis, iterato solvere non tenetur, si antea non fuerit in mora notabili.
29. Qualem culpam præstet conductor in re conducta, & quibus præcipue appareat culpa conductoris?

Ubi de forma rei conductæ per conductorem mutata, de citiario citium evertente, nauta fervente tempestate navigationem incipiente, vadorum peritos non recipiente; fullone vestes permutante, aut patiente eas a muribus rodi; etiam de facto tertii per conductorem præstando.

30. *Quando de culpa levissima conductor teneatur; ubi de artificibus gemmas includentibus, columnas transportantibus?*

51. *An, & quando conductor de casu teneatur? si artifex in rem alienam impenderit operam, & illa casu pereat, domino materia, artifici operæ pretium perit.*

52. *Finito tempore locationis res locatori reddenda. Quo modo puniatur jure Romano ac moribus, qui restituere non vult? An conductor possit locatori repetenti abjicere exceptionem dominii? An tertius tanquam dominus intercedere possit, ne conductor restituat locatori? An retineri res conducta propter impensas a conductore in eam factas?*

53. *Quid sit locatio operis? An eo includat conductionem operarum? & quid distet a locatione operarum & usus?*

54. *Locatur opus vel aversione, vel in pedes mensurasve, vel in dies singulos constituta mercede. An redemptor operis possit alteri demandare operis implementum? & an ipse ex substituti facto teneatur?*

55. *De probatione & improbatione operis. Quis sit effectus, si probatio operis arbitrio locatoris permissa sit? Quid si redemptor a præscripto recesserit ex voluntate locatoris? Explicatur, an, & quo usque committi possit arbitrio debitoris, an debeat, vel arbitrio creditoris, an sibi velit deberi.*

56. *De probatione operis per tertium facienda, an is tempus operis faciendi prorogare possit? Quid juris, si inique, aut dolose, arbitrium interposuerit, aut interveniente dolo ipsius redemtoris? Si tertius nolit vel non possit arbitrari, non est nulla locatio operis, sed judex tunc arbitratur.*

57. *De periculo operis, an illud ad locatorem, an ad redemtorem pertineat, per distinctiones explicatur. An post operis probationem periculum pertinet etiam ad locatorem probantem, si operis vitio opus collabatur? De operis necdum probati vitio quamdiu locator queri possit? Si plures sint redemtores ejusdem operis, an singuli in solidum conveniri possint, si opus non perfectum aut vitio suo collapsum sit?*

58. *Intra quod tempus opus redemtum absolvi debeat? An agi possit ad id quod interest, vel opus alteri relocari possit ante lapsum temporis, quo perfici debuit?*

59. *Quo in loco opus faciendum sit? si alibi fiat, redemtor nihil agit. An valeat redemtio operis sine loci adjectione?*

40. *Quando operis redemtori solvenda sit merces, si de eo nihil pacto actum sit? An opere non perfecto, ut præscriptum erat, redemtori opus relinqui possit, an magis solvenda sit merces pro rata diminuta? An operis retentio pro mercede promissa sit?*

41. *De contractu inter magistrum navis & exercitores, magistrum & socios nauticos; dominos mercium & magistrum; magistrum navis piscatoriæ & socios nauticos piscationi operam navaturos remittive.*

1. PRoxima emtioni & venditioni in plurimis, ac iisdem prope juris regulis consistens, est locatio conductio, distincta a promissione de re elocanda: & a pactione de re non alteri quam Titio locanda; de quibus confer scripta *tit. de contrah. emt. num.* 2. cum locatio conductio sit ipse contractus, bonæ fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda. Nam uti emtio & venditio contrahitur, si de pretio convenerit, ita & locatio conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit, *l.* 1. 2. *ff. h. t. pr. Instit. h. t.* adeo ut neque scriptura opus sit, neque alia solemnitas desideretur, si modo contractus probationem habeat, *tit. Instit. de oblig. ex consensu.* Et quamvis in longum tempus, puta in decem aut plures annos, locatio contrahatur, non tamen ideo necesse videtur, ut secundum mores nostros coram lege loci perficiatur, quasi inde conductori jus aliquando in re nasceretur, quale jus in re non posse aliter quam coram lege loci immobilibus imponi, dicetur *tit. de acquir. rer. domin.* Etenim, cum inter omnes constet, ex modici temporis elocatione circa res immobiles celebrata nullum conductori acquiri jus in re, aut saltem non tale, ad cujus nativitatem solennitas illa coram lege loci trahendi rem locatam requireretur; magis est, ut nec ex temporis longioris adjectione ullum conductori quæratur jus in re, ne ex accidenti aliquo temporis, quod ne obligationem quidem inducere aut perimere potest, negotium classi jurium ad rem subductum, in numerum jurium in re transferatur. Neque dubitandum videtur, quin, locatione in decennium, vicennium, longiusve tempus contracta locator ac heredes ejus personali actione conducti compellendi sint ad usum conductori relinquendum integro longo aut longissimo tempore in contractu definito; & vice versa per locati actionem conductor heredesque ejus, ut maneat in conductione ac mercedes solvat temporis, utcunque longissimi, locatione comprehensi, arg. *l viam veritatis* 10. *C. h. t. l.* 24. §. 3. *C. de sacrosanct. Eccles. novell.* 120. *cap. locationes* 3. In quantum tamen & Hollandiæ moribus, & novella decisione Ordinum Ultrajectinorum anni 1659. art. 19. invaluit, emtores aliosque successores stare debere locationi per venditorem factæ, contendi forte non improbabiliter possit, eo modo locationes in longum tempus non multum distare ab alienationibus aliis non nisi coram lege loci perficiendis, ad id, ut conductor ultra decem annos usum rei conductæ sibi posset arrogare invito eo, qui particulari titulo elocati prædii dominium nactus est; ne alioquin via malignis pandatur fraudatoribus in necem creditorum clam elocandi in tempora longissima res suas immobiles, ob onus diuturnæ talis locationis procul dubio vili pretio in publicis auctionibus deinceps distrahendas. Quo distinctionis temperamento, quod nempe privatim facta locatio ultra decennium firmitatem habeat inter contrahentes ipsos & heredes eorum, at non in præjudicium tertii successoris particularis aut creditorum, qui ea possent videri locatione in longum fraudati, dissidentium inter se DD. conciliatio tentari forte possit. Eoque facit, quod a Neostadio *Curiæ supr. decis.* 70. Ant. Matthæo *parœm. Belg. jurisc. paræmia* 5. *num.* 13. a-

Iisque observatum, in ipsis venditionibus solennem immobilium coram lege loci potissimum requiri, ne tertius lædatur, secundum ipsum proœmium Carolinæ constitutionis, solennem istam traditionem præcipientis; ceterum emtoris & venditoris intuitu privatam venditionem simplicemque traditionem ita operari, ut venditor contra suum factum venire nequeat, aut rem emtori avocare, sed potius exceptione venditæ repellendus sit. Confer de hac in tempus longum locatione Groenewegen ad *l.* 9. *C. b. t.* & *ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 21. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 22. *num.* 5. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultrajectin. art.* 19. *num.* 13. 14. 15. ibique DD. cit. Nec dubitem, quin ex iisdem principiis jam propositis decidenda sit quæstio, utrum alienare rem prohibitus eandem possit in tempus longum locare, de qua Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 14. *num.* 81. & *seqq.* Sande *de prohib. alienatione part.* 1. *cap.* 1. *num.* 45. 46. 47.

2. Sed & ad locationes prædiorum tum urbanorum tum rusticorum secundum mores Hollandiæ & ditionis Ultrajectinæ nunc scripturam requiri, verius est; Statut. Ultraject *rubr.* 7. *art. ult.* Politica Ordin. Hollandiæ *anni* 158. *art.* 31. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 337. Et quamvis de urbanis prolixa ante hac inter Hollandiæ Jurisconsultos disputatio fuerit, aliis hic quoque scripturam ratione non improbabili desiderantibus. Resp. Juriscons. Holl. *part.* 1. *consil.* 262. aliis instrumentorum necessitatem negantibus, & juris Romani dispositioni locum tribuentibus. Groenewegen ad *l.* 24. *C. b. t.* omnem tamen dubitandi rationem sustulit deinceps edictum Ordinum Hollandiæ promulgatum 3. *Aprilis* 1677. *vol.* 4. *placit. pag.* 1037. quo cautum, ne sine scriptura ac charta sigillata prædiorum aut rerum quarumcumque immobilium locatio fiat; denegata locatori actione ad mercedem, legalique in invectis ac illatis hypotheca aut retentione; conductori vero ademta omni usus persecutione; etiamsi utrinque locatio ac conductio in confesso esset, præter mulctam pecuniariam secus facientibus irrogandam.

3. Elocari possunt res omnes, quæ sunt in commercio, sive corporales, sive incorporales, si modo id caveretur jure Romano, ne prædia rustica a militibus aut curialibus conducantur colenda, *l. si ignorans* 50. *ff. b. t. l. Curialis* 30. *l.* 31. *l. ult. C. b. t.* (quod tamen non servari notat Groenewegen *ad d. l.* 31.) neve elocentur ipsa personalium servitutum jura, aut separatim sine prædiis reales servitutes jam constitutæ, quippe a prædiis quorum qualitates sunt, seorsim non existentes, *l. locare* 44. *ff. b. t.* De cœtero non intersit, utrum res sint locatoris propriæ, an alienæ, cum ea ordinaria locationis natura sit, quod non soleat dominium mutare, *l. non solet* 39. *ff. b. t.* licet negari non debeat, quin aliquando locationis occasione dominium transeat, non vi locationis, sed jure accessionis ex jure gentium, dum ædificata per redemtorem operis in alieno solo, soli domino acquiruntur, & tamen locatio est, in quantum artifex elocat operam suam, id est, faciendi necessitatem, secundum facti speciem in *l. item si prëtio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff. h. t.* junct. *l. redemtores* 39. *ff. de rei vindicat.* Nec dubium, quin & anomala quædam locatio sit; qua id agitur, ut non idem in specie, sed ejusdem generis reddatur, veluti cum argentum pusillatum fabro datur, ut vasa fiant, aut aurum, ut annuli: adeo ut & in creditum tunc itum intelligatur, *l. in navum* 31. *ff. b. t.* ac ad hujus generis conductionem respexisse videtur Javolenus, cum inter ea, quibus dominium transfertur, ipsam quoque recenseret conductionem, *l. in omnibus* 55. *ff. de oblig. & act.*

4. Ex eo autem, quod res aliena locari potest, descendit, quod & fructuarius elocare possit res fructuarias, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *l. non aliter* 38. *l.* 39. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* & habitator ædes quarum habitatio ei legata est, §. *pen. Instit. de usu & habit.* & usum ædium spatiosarum habens partem earum, *l. cæterum* 4. *ff. de usu & habit.* & creditor res sibi pignori obligatas cum pacto antichresios, *l. si pignus mihi* 37. *ff. de pignorat. act. l. creditori* 23. *ff. de pignor. & hypoth.* usque adeo, ut hi omnes non extraneis modo, sed & ipsis rerum dominis easdem recte locent, *d. l.* 37. *ff. de pignorat. act. l. res pignoris* 37. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. Pomponius* 29. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Non obstante eo, quod rei suæ conductio nulla sit, *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris*, licet quis errore lapsus rem propriam conduxisset, *l. qui rem* 20. 7. *ad probutionem* 23. *Cod. b. t.* adeout & ipso jure evanescat locatio, quamprium conductor rei conductæ dominium adeptus est, *l. si quis domum* 9. §. *ult. ff. b. t.* Etenim ita demum rei suæ conductio utilis est, si alius nullum in re nostra jus adeptus sit; cum utique eatenus alteri jus in re nostra constitutum est, illa a nobis alienata intelligatur, & ita non ut nostræ, sed ut alienæ conductio sit.

5. Ipsi quin etiam conductori licitum rem alteri rursus elocare, *l. nemo prohibetur* 6. *C. b. t. l. solutum* 11. §. *solutum* 5. *ff. de pignorat. act. l. si tibi* 7. *l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. b. t.* idque vel in totum vel pro parte, *l. si vero plures* 5. §. 1. *fin. de his qui effud. vel deiec. l. qui insulam* 30. *ff. b. t.* nisi conductor secundum ejus conditionis sit, ut magis utendo nociturus si rebus conductionis quam primus, aut aliis usibus rem locatam destinaturus, arg. *l. si cujus rei* 13. §. *ult.* §. *de usufructu & quemad. quis utat.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. Christinæus *ad. leg. Mechlinient. tit.* 6. *art.* 10. *n.* 2. vel nisi conductor primus agri sit colonus partiarius, quippe qui fructus cum domino dividens quodam societatis jure, alium domino socium, quem is haud elegit, obtrudere non potest, arg. *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *in fine ff. b. t.* junct. *l. qui admittitur* 19. *l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. pro socio.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 31. aut nisi aliud nominatim convenerit, *d. l. nemo* 6. *C. b. t.* potest enim id pacto locationi adjecto agi, ut conductori non liceat alteri rursus elocare, adeo ut & lex commissoria recte apponatur, ut nempe res hoc ipso, quo per conductorem elocatur tertio, desinat locata esse, ac ad dominum ante finitum locationis tempus revertatur, vel etiam pœnæ stipulatio efficax concipiatur in casum, quo alteri locatio facta fuerit. Appendix *decis. post* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *p.* 47. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 200. Quin imo nostris moribus obtinuit, agros locatos non posse per conductorem sine domini locatoris voluntate sublocari, *edict. Caroli V. anno* 1515. *vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 363. 364. quod firmatum *edicto politico Ord. Holl.* 1580. *art.* 30. *d. vol.* 1. *pag.* 337. Neo-

stadius *Curiæ supr. decis.* 13, ac in actibus rursus sublocandis arbitrio domini relinquitur, an novum conductorem admittere velit, an quodam jure protimeseos sibi rem eadem mercede retinere, excluso conductore. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 7. Leuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 9. ubi & statuta plura recenset, Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *num.* 18.

6. Præter usum rerum elocantur & operæ, tam liberorum hominum quam servorum mercenariæ, non aliæ, *l. naturalis* 5. §. *at cum. do* 2. *ff. de praescript. verbis*, non liberales advocatorum similiumque, quibus salaria, non mercedes, præstari solent, juxta *l.* 1. & *tot. tit. ff. de extraordin. cogit.* Et quamvis æquum plerumque habeatur, libero cujusque arbitrio relinqui, quorum operas conducere ac adhibere velit, dum inter artifices longa sæpe differentia est & ingenii, & doctrinæ, & instructionis, & fidei, diligentiæ, sedulitatis, similiumque, unde multum referre potest, cujus quisque opera atque ministerio utatur, *l. inter artifices* 31. *ff. de solut.* moribus tamen nostris quandoque illa eligendi libertas invenitur denegata; veluti in tritico molendinis conterendo, in quantum molendina quædam, & eorum intuitu molitores, privilegio donati sunt, ne regionis incolæ aliis molitoribus frumenta dent comminuenda, nisi mercedis parte tertia, aut alia, molitori privilegiato depensa: qualia molendina inde etiam vulgo *de Wamgemolens* dici solent, ac in ea inveniuntur Hollandiæ parte, quæ Beyerlandia appellatur, *decretum Ordin. Holl.* 29. *Octob.* 1657. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2437. *Waarschouwinge van de Rekenmeesters per demenynem van Holland.* 19 *May.* 1661. *d. vol.* 2. *pag.* 2655. *in fine.* Quemadmodum ex adverso quoque variis Ordinum Generalium edictis vetitum, ne navium bellicarum præfecti merces recipiant transvehendas, & novissime 14. *Novembr.* 1670. *vol.* 3. *placit. pag.* 1330 ubi & anteriora recensentur.

7. Pro usu vel operis merces constituenda, (quæ subinde *pretium*, quandoque & *manupretium* appellatur, maxime, quando solvitur pro opere manu facto, ut docet Brissonius *an iquit. libr.* 4. *cap. ult.*) eaque certa vel ab initio, vel ex post facto, dum in arbitrium tertii certi, non incerti, confertur mercedis determinatio, *l. si merces* 25. *ff. h. t.* eodem modo, quo id in pretio emtionis obtinere dictum *tit. de contrah. emt. num.* 23. Quamvis etiam aliquando a lege vel consuetudine mercedis determinatio facta fuerit jure Romano, hodieque fiat, *novell.* 122. Rittershusius *ad novellas part.* 3. *cap.* 13. Eoque nititur fundamento, quod a nonnullis scriptum est, elocato usu operisve sine expressa mercedis mentione aut definitione, locationem nihilominus efficacem esse, ac usu operisve præstitis, eam videri mercedem tacite in conventionem deductam, quæ ex consuetudine promitti solet.

8. Consistit autem merces regulariter in numerata pecunia, exemplo pretii in emtione, non item aliis in rebus, §. 2. *Instit. h. t.* nec uno in numma, *l. si quis conduxerit* 46. *ff. h. t.* nec in parte fructuum nisi quod ab initio conveniri potest, ut locator frumenti certum modum certo pretio quotannis perciperet ex fundo locato, *l. sed addes* 19. §. *si dominus* 3. *ff. h. t.* quodque favore agriculturæ permissum fuit agrum certa fructuum ponderatione vel mensura locare, *l. si olei* 21. *C. h. t.* quo etiam casu propter insolitam sterilitatem minui quantitatis fructuum promissæ præstationem, rescriptum est, *l. excepto tempo e.* 18. *C. h. t.* Quod si non certa fructuum ponderatio, sed portio pro rata eius, quod in fundo nascetur, dimidia forte vel tertia, constituta fuerit, *colonus partiarius* dicitur, magisque conventio talis ad societatem quam conductionem accedit, dum partiarius, hicce colonus quasi societatis jure & damnum & lucrum cum domino fundi partitur, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *in fine ff. h. t.* arg. *l. cum duobus* 52. §. *utrum ego* 2. 3. *ff. pro socio*, *l. si pascenda* 8, *C. de pactis.* Unde & tunc de mercedis remissione quæstio esse nequit, quippe mercede nulla vere in conventionem deducta, arg. *d. l.* 25. §. 6. *ff. h. t.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis c.* 8. *n.* 1. & alii plures ibidem citati.

9. Formam modumque locationis quod attinet, primo quidem vel privatim vel publica auctione fieri potest, arbitrio locatoris: eo excepto, quod rerum fidei, vel Principis, vel civitatum (hodie etiam pagorum) elocatio auctione publica peragi debeat, quod pluribus firmat Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *c.* 3. *num.* 6. 7. 8. 9. ac fieri solere testatur Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 15. Sed & secundo vel ita contrahitur, ut certi temporis finem habeat, puta anni, biennii, quinquennii; vel ita ut incerta sit duratio ejus, veluti, *quamdiu locator voluerit*; quo casu & morte locatoris, & voluntatis contrariæ declaratione, per locatorem vivum facta, eam precarii exemplo, fieri placuit, *l. locatio precariive* 4. *ff. h. t.* Eoque etiam pertinent illæ, quæ a minorum curatoribus subinde concipiuntur usque ad illud tempus *quo pupilli majorennes erunt*; in quantum incertum est, an secundum rei veritatem ex annis, an vero necdum impleto legitimo annorum numero per impetratam ætatis veniam, aut nuptias ex nostris moribus, ad majorennitatem inque suam tutelam perventuri sint. Locationes enim usque ad majorennitatem a tutoribus factas etiam venia ætatis aut nuptiis intervenientibus expirare debere probabile est, quasi id egerint tutores, ut cum administrationis, curatoriæ fine locationis quoque finis esset, Charondas, *lib.* 4. *respons.* 46. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit* 10. *art.* 27. *in notis in fine.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 17. 18. Denique & in locationibus tacitis id evenire solet, ut temporis incerti finem locatio habeat, si modo tacitas excipias rusticorum prædiorum locationes. Quod ut magis in aperto sit, sciendum, non expressas tantum, sed & tacitas locationes in jure probatas esse: qua ratione, si impleto tempore, quod ab initio conductioni appositum est, conductor usum haud restituat, sed locatore non contradicente perseveraverit, tacite continuata seu repetita videtur locatio una cum obligatione pignoris, quod in primæ conductionis seu pensionis securitatem suis in rebus conductor constituerat, non item fidejussorum, qui pro primo intervenerat contractu, neque etiam rerum ad alium quam conductorem pertinentium, dum vel tertius res suas proprioris conductionis pensionibus devinxerat, vel conductor ipse res alienas domino consentiente aut rarum habente: nisi & fidejussoris, aut domini rerum pignoris nexu obstrictarum, repetitus in obligationem consensus concurrat; quippe quos sine sua voluntate obligari, aut rerum suarum obligationem pati invitos, iniquum esset, *l. item*

quaritur 13. §. *qui impleto* 11. *l.* 14. *ff. h. t. l. si, cum Hermes* 7. *C. h. t.* arg. *l. novatione* 4. *C. de fidejussoribus*. Quod si primæ conductionis instrumento inserta sit formula paratæ executionis, sed secundum mores nostros consensus in condemnationem ad ea, quæ ex conductionis lege præstanda sunt; non animadverto, cur non etiam ille in condemnationem consensus ad tacite repetitam procedetur conductionem: cum utique iisdem legibus prior constabat conductio, intelligatur quisque reconduxisse quoad ejus fieri potuit, dum lapso primi contractus spatio remanebat in conductione; neque sufficiens diversitatis ratio reddi possit, quare magis vinculum pignoris in secundam perduraret conductionem, quoties obligatio ejus ab arbitrio conductoris pendet, quam perseveraret clausula assensus in condemnationem, quæ æque a spontanea processerat conducentis voluntate, ac ejus expressa potuisset conventione renovari. Dissent. Matth. de Afflictis *decis.* 365. *n.* 15. Menochius *de præsumt. libr.* 3. *præs.* 85. *n.* 46. Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 8. *n.* 6. *in addit.* & plerique DD. quibus & ideo placet, nec pœnam conductioni priori appositam in tacita conductione videri repetitam, Mantica *de tac. & ambig. convent. libr.* 5. *tit.* 15. *num.* 23. sed sine fundamento, ut not. Brunnemanus *ad d. leg.* 13. *ff. h. t. num.* 14. 15.

10. Tempus, in quod tacito consensu conductio continuata videtur, pro rerum varietate varium est. In prædiis enim rusticis, naturales, aut industriales fructus ferentibus, usque ad annum reconductio facta censetur, eo quod plerumque intra anni inchoati ac vertentis spatium omnis fructuum nativitas, incrementum, atque perceptio absolvi, annuatimque redire solet, *d. l.* 13. §. 11. *ff. h. t.* Unde si non annis singulis, sed vel unoquoque demum biennio, quadriennio, aut quinquennio, veluti in sylva cædua, fructuum perceptio ex more regionis aut ex fructuum natura fiat, magis est, ut in longius illud tempus, quo semel perceptio fructuum initium ac finem habere atque ita absolvi potest, tacite colonus reconduxisse intelligatur. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 15. *in med.* In urbanis autem prædiis aliisque rebus quotidie sui usum præbentibus, nec non in operis jumentorum ac servorum eo jure utebantur Romani, ut prout quisque habitasset, aut usus esset, aut operarum recepisset præstationem, ad mercedem obligatus esset, ac de cetero omni die migrandi vel usus abdicandi habere potestatem, *d. l.* 13. §. 11. *ff. h. t.* nisi *in scriptis certum conductionis tempus comprehensum sit*, ut loquitur Ulpianus in *d. l.* 13. *in fine* id est; nisi scriptura primæ locationis comprehensum fuerit, in quantum temporis spatium censeri deberet tacite repetita conductio, casu quo conductor impleto tempore primæ conductionis in conductione remansisset. Quo modo nunc apud nos, & aliis plurimis in regionibus ita jus est, ut ædium, famulorum, ac ancillarum conductio per silentium utriusque post primi temporis finem usque ad proximum migrandi terminum continuata habeatur, dum per statuta aut consuetudines inveteratas definita inveniuntur certa ex ædibus migrandi tempora, certi operarum a famulis ac ancillis elocatarum fines, simulque necessitas imposita denunciationis maturæ faciendæ per eos, qui finito locationis tempore usum operasve recipere ultra nolunt, aut in posterum præstare, ut lippis tonsoribusque notum. Vide Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 6. & 15. Groenewegen *ad l.* 16. *C. h. t.* Wassenaar. *pract. judic. cap.* 7. *n.* 22. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 1. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 19. *num.* 3.

11. Notandum interim, nunc in Hollandia nullas amplius tacitas prædiorum sive rusticorum sive urbanorum admitti posse conductiones, ac continuationes ex quo placuit, nullam omnino esse & inefficacem utrimque prædiorum urbanorum & rusticorum locationem, quæ in scripturam, charta sigillata comprehensam, redacta non est, ut ante dictum *n.* 2. Non etiam posse tacitam concipi locationis redintegrationem, si locator furere cœperit, aut moriatur, & nullus ei finito locationis tempore heres existat; cum his in casibus tacita voluntatis declaratio intelligi nequeat, *l. qui ad certum* 14. *in fine ff. h. t.* arg. *l. certe* 6. *ff. de precario.* Secus, si heres aut curator locatoris furiosi conductorem finito tempore relinquat in conductione.

12. Plura de tacita conductione vide apud Brunemannum & DD. *ad d. l.* 13. §. *ult. ff. h. t.* Menochium *de præsumtion. lib.* 3. *præsumt.* 85. Mascardum *de probation. conclus.* 994. Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *tit.* 15.

13. Quia vero locatio consensu constat, sequitur, finito primo locationis tempore locatoris in arbitrio esse, utrum eundem conductorem consentientem volentemque in eadem conductione retinere velit, an magis alteri rem elocare dimisso priore; adeo ut conductori primo jus non sit, eadem oblata mercede, quam novus conductor promisit, eundem excludendi, sibique velut jure quodam retractus prælationem vindicandi, *l. ne cui liceat* 32. *C. h. t.* qualis consuetudo seu potius corruptela, cum superioribus seculis invaluisset, merito per edictum Caroli V. reprobata fuit, nisi tale jus nominatim conductori primo per adjectam primæ locationi pactionem datum appareat, convenienter *d. l.* 32. *C. h. t.* *Edict. Car. V. anno* 1515. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 363. quod & plenius renovatum edicto Ordinum Hollandiæ, pœnis gravioribus in eos propositis, qui novos colonos metu, minis, aut vi terrere vel turbare ausi fuerint, *Politike Ordon. ann.* 1580. *art.* 30. & *seqq. d. vol.* 1. *pag.* 337. & *placito anni* 1658. 26. *Sept. vol.* 2. *placit. pag.* 2515. & *seqq.* ac aliis quoque in locis observatur, ut apparet ex iis, quæ habet Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 37. *defin.* 8. Et quamvis jure civili prædiorum publicorum conductoribus hoc privilegium indultum fuerit, ut inviti de prædio conducto haud expellantur, si oblata per novos conductores augmenta & ipsi suscipiant, *l. congrui* 4. *C. de locat. prædior. civilium*, idque etiamnum in Frisia atque Saxonia servari testetur Sandius, Carpzovius *d. l.* tamen ne tales quidem in Hollandia reliquisque Belgii locis, ut & apud Gallos, hac in parte a ceteris rerum privatarum conductoribus separari solent; tum quia nec inviti nunc ad repetitam compellantur conductionem; tum quia colonorum defectus penes nos tantopere metuendus non est, ut præmiis aut privilegiis ad publicorum conductionem invitandi forent; uti testes sunt Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 8. *num.* 4. 5. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 8. 9. Groene-

wegen *ad d. l. congruit 4. Cod. locat. præd. civil.* Leeuwen *cent. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. n. 16.* Quod si fructuarius secundum concessam legibus potestatem fundum fructuarium alteri locet, proprietatis dominum mercedem eandem offerentem non oportere extraneo præferri conductori, nec speciem quandam retractus exercere posse, verius est, nisi id nominatim per consuetudinem proprietario datum appareat, uti id concessum lege Mechliniensi *t. 8. art. 4.* ubi Christinæus. Alioquin enim, cum retractus præter communes juris regulas inductus strictam recipiat interpretationem, nec extensionem pati debeat, ut dictum *tit. de lege commissor. n. 9.* denegari fructuario non debuit conductoris suo arbitrio eligendi licentia sine limitatione per leges tributa, *l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Tiraquellus *de retract. gentil. §. 1. gloss. 7. num. 55. & mult. seqq.* Castillo Sotomajor *de usufructu cap. 74.*

14. Nascitur ex hoc contractu duplex actio, locati scilicet & conducti. Conducti actio est personalis bonæ fidei, quæ datur conductori & heredi ejus, adversus locatorem & ejus heredem; non item contra successorem particularem, qualis est donatarius, legatarius, emtor, aliique, de quibus latius in sequentibus *num. 17.* ad id, ut usus vel operæ præstentur, & simul ea omnia, sine quibus commode quis uti nequit: non in numero sunt instrumenta prædii elocati, recensita plenius in *l. sed addes 19. §. illud nobis 2. ff. h. t.* (quæ tamen moribus non præstari, nisi fundo affixa sint, vel alias nominatim id actum sit, monet Groenewegen *ad d. l. 19. §. 2. ff. h. t.*). & refectio necessaria aut restitutio ostiorum, fenestrarum, tectorum, similiumque vetustate vel aliter nimis corruptorum, *l. ex conducto 15. §. competit. 1. l. si merces 25. §. si vicino 2. ff. h.* t. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit. 8. art. 9.* nisi conductor quotidianæ refectionis onus suis impendiis in se receperit, vel corruptio tali conductoris culpa, qualem ex natura contractus præstare tenetur, conductis rebus illata sit, *d. l. si merces 25. §. 3. & 4. ff. h. t.* Adhæc, ut locator patiatur, conductorem tollere ostia & alia quæ suo sumto in re conducta fecit, quatenus ablatio fieri sine rei detrimento potest; *l. sed addes 19. §. si inquilinus 4. ff. h. t.* patiatur & tolli invecta illata usque adeo, ut si dominus adeo coangustaverit aditum ædium, ut illata iterum efferri nequeant, teneatur rursus eundem dilatare, *d. l. sed addes 19. §. si inquilinus arcam 5. ff. h. t.* Præstetur denique reparatio damni totius, quod conductor ex rei conductæ vitio passus est, sive sciverit locator vitium illud, sive ignoraverit, quoties circa rem locatam artificium versatur, & locator artifex est; quippe qui tunc utique scire debuerat, quæ suæ artis erant; quo pertinet id, quod de doliis vitiosis elocatis, unde vinum effluxit, Jurisconsultus ait, ignorantiam locatoris haud excusatam esse. Nam si id elocatum sit, circa quod nulla versari solet artis professio, dum saltus pascuus locatus fuit, in quo mala herba nascebatur, unde animalia conductoris demortua aut deteriora facta sunt; non aliter ad id quod interest conveniri locator potest, quam si vitium subesse sciverit; ignoranti succurritur hactenus, ut mercedis remissione liberetur *l. sed addes 19. §. si quis dolia 1. ff. h. t.* arg. *l. Julianus 13. pr. ff. de act. emti.*

15. Quod si duobus separatim res eadem, veluti domus, in solidum elocata fuerit, usus ipsius intuitu potior haberi debet, cui prius a locatore usus ædium concessus est, sive is prior sive posterior conductor sit: cui consequens est, ut conductor alter ob non præstitum rei usum ad id quod interest contra locatorem experiatur. Si enim rem duobus separatim vendens posteriorem traditione rei dominum efficiat, quia non obstante venditione priore dominium rei penes ipsum remanserat; quid ni longe magis usum posteriori efficaciter concesserit, útcunque priori jam ante locatum; arg. *l. qui tibi 6. C. de hered. vel act. vend. l. quoties 15. C. de rei vindicat.* Quanquam enim in operis duobus simul locatis Ulpianus conveniens censuit, priori conductori ante satisfieri, *l. in operis 26. ff. h. t.* similique ratione æquum judicari debet, primo conductori magis quam secundo conductæ rei præstari usum; tamen, uti operis posteriori præstitis locator operarum in fidei non servatæ pœnam priori ad id quod interest damnandus foret; ita quoque, si usus posteriori conductori jam re ipsa contra fidem priori datam concessus sit, non aliud amplius priori petendum superest, quam id quod interest, violatam non fuisse contractus fidem, arg. *d. l. 6. C. hered. vel act. vend.* Confer Mozzium *de contractib. tit. de naturalibus location. num. 11.* Covarruviam *variar. resolut. lib. 2. cap. 19. n. 8.*

16. Licet autem conductor regulariter ante tempus locationi addictum expelli nequeat de domo vel fundo, aut rerum aliarum usus ei tolli; plures tamen in jure casus recensentur, quibus illud permissum est; idque vel ita, ut expulso neque per expellentem neque per alium id quod interest præstandum sit, sed sola temporis futuri, quo non utetur, pensio remitti debeat; vel ita, ut expulsus in solarium quanti sua interest jure persequatur. Prioris generis causæ sunt si domum elocatam dominus propriis usibus ex nova causa necessariam esse probaverit, vel ea necessaria indigeat reparatione, quæ salva inhabitatione fieri nequit; vel conductor in re conducta male versetur, *l. ædequam 3. C. h. t.* Christinæus *vol. 3. decis. 115.* Groenewegen & vulgo DD. *ad d. l. 3.* Leeuwen *centur. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. n. 16.* vel integro biennio conductor moram fecerit in solvenda pensione; quo casu etiam, aperta domo vel horreo, res publice describi ac inde dimoveri possunt, quoties conductor absens est, *l. quæro 54. §. inter 1. l. cum domini 56. ff. h. t.* vel fructuarius fundum fructuarium elocaverit in certum tempus, velut in quinquennium, & anno forte tertio usufructus morte aliove modo finitus ad proprietarium revertatur; cum scire conductor debuerit conditionem ejus cum quo contrahebat, & prospicere hoc posse evenire, adeo ut ne sumtus quidem, quos fecit in fundum, quasi quinquennio fruiturus recipiat pro rata, *l. si quis domum 9. §. hic subjungi. 1. ff. h. t.* Idemque jus est in præbendariis, ac fiduciariis agros ad præbendam pertinentes aut ex fideicommisso post mortem restituendos elocantibus, ac ante finem locationis morientibus, quippe qui fructuariis simillimi existimantur. Nec oberit proprietariis, successoribus in præbenda, ac fideicommissariis, quod aliquandiu conductori usum reliquerint, ac pro eo mercedem receperint. Cum enim id tantum fiat ex continuatione quadam vel magis renovatione locationis per mortem fructuarii similiumque revera extinctæ, eaque renovatio non ver-

bis sed rebus tantum & factis declarata consensu interposita sit, consensus ille solo facto declaratus non ultra operari potest, quam quatenus ex illo facto necessaria consensus renovati consequentia atque inductio est; non est autem ulterius, quam ratione temporis, cujus pensio accepta, vel per quod usus conductori relictus est. Et sane, si inter easdem personas, finita conductione prima, per tacitum consensum non intelligitur ultra repetita conductio, quam quatenus prædiis rusticis usque ad annum, ut ante expositum; ratio nulla est, cur inter diversas personas in tempus longius consensu tacito crederetur renovata. Confer Petrum Barbosam *ad l. si filio familias* 26. §. *ult. ff. soluto matrim. num.* 18. *& seqq.* *& num.* 28. 29. Sursum *decis.* 33. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 18. Append. decisionum *post resp. Iuris. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *pag.* 56. Denique & sine spe consequendi id quod interest expelli conductor ante tempus potest, si prædium per hostes jure belli occupatum a fisco hostili in certam tempus conduxerit, ac ante temporis finem expulsis iterum inimicis prædium postliminii jure ad pristinos dominos reversum sit. Resoluto namque jure locatoris, jus quoque conductoris resolvi necesse est, maxime, cum invito prædii domino, salvaque postliminii spe, jus hosti locanti vi & armis quæsitum sit, quod non ultra se potuit extendere, quam quatenus hostes rerum potiti sunt, arg. *l. quod meo nomine* 18. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si captivus* 20. §. *verum est* 1. *ff. de captiv. & postlim.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 11. *num.* 44. *& seqq.*

17. Ex adverso pluribus in casibus ita leges concesserunt facultatem impune expellendi conductorem ante tempus, aut elocatæ rei usum ei auferendi, ut tamen conductor jure expulsus per alium regressum habeat adversus locatorem ad id quod interest, usum sibi secundum legem conductionis haud fuisse relictum, sub quo & illud comprehenditur, quanto pluris conductor prior eandem rem secundo in totum, aut per partes locavit, *l. si tibi* 7. *l.* 8. *l. qui insulam* 30. *ff. h. t.* Ita primo quoties quis rem alienam ad certum tempus sciens elocavit ut suam, vero quidem domino ex jure dominii rem quovis tempore a conductore avocare permissum est, sed conductori locator tenebitur ad id quod interest; usque adeo, ut & ipse fructuarius in id damnandus veniat, si rem fructuarium elocaverit velut propriam, conductori ignoranti, ubi hic ob finitum maturius usumfructum pati debuit, a proprietario intempestivam rei locatæ ablationem *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *vers. quid tamen, l. ex conducto* 15. §. *plane* 8. *l. si fundus* 33. *in fine l.* 34. 35. *ff. h. t.* Si tamen bonæ fidei possessor, qui prædium elocaverat, ejus evictionem patiatur ante finem locationis, & evincens colono vel inquilino usum neget, ex æquitate absolvendus erit, si paratus sit fundum alium aliamve habitationem non minus commodam expulso per evincentem conductori præstare, *l. quis domum* 9. *pr. ff. h. t.* Sed & secundo, si mulier quæ soluto matrimonio stare non tenetur locationi prædii dotalis per maritum factæ, conductorem ante tempus expellat, maritus locator heresdesve eius ad id quod interest teneri conductori ex jure Romano, vel inde patet, quod secundum Sabini sententiam Paulus scripsit, virum, qui in quinquennium locaverat fundum dotalem, interveniente post annum primum divortio, non alias fundum mulieri reddere oportere, quam si illa caverit, *si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se præstitum iri, l. si filiusfamilias* 25. §. *ult. ff. soluto matrimon.* qualis cautio supervacua esset, si aut mulier stare debuisset locationi, aut maritus ob expulsionem ab uxore factam non fuisset conductori ad id quod interest obligatus. Sed cum & nostris & multorum aliorum moribus maritus per nuptias legitimam liberioremque uxoris suæ ac bonorum ejus tutelam curamve consequatur, ac jure nostro æque ac civili pupilli post pubertatem ratas habere teneantur prædiorum suorum locationes bona fide ac ex more regionis per tutorem in tempus modicum, quod pubertatis annos excedit, factas, arg. *si tutelæ agas* 7. *ff. de admin. & peric. tut. l. pen. C. quando ex facto tut. aut curat. minor. agere vel conven. p.* Gothofredus *in notis ad d. l.* 8. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *cap.* 10. *n.* 23. Petrus Barbosa *ad l. si filiusfamiliar* 26. §. *ult. ff. soluto matrimon. num.* 1. Sande *decis. Fris. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 22. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. *versus secunda conclusio*, consequens est, ut nunc uxores quoque, vel heredes earum, soluto matrimonio in rerum uxoriarum a maritis durante matrimonio facta locatione perdurent ad finem temporis contractu expressi; præsertim, si insuper consideres, tantam apud nos maritorum in res uxorias potestatem esse, ut ne alienationes quidem earum a maritis factas retractare nuptiis dissolutis uxori datum sit. Groenewegen *ad d. l.* 25. §. *ult. ff. soluto matrim.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 61. Adde Gomezium *d. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 8. *in pr.* Petrum Barbosam *ad. d. l.* 26. §. *ult. ff. soluto matrim.* Manticam *d. lib.* 5. *cap.* 10. *n.* 21. Berlichium *part.* 2. *conclus.* 45. *num.* 23. *& seq.* Porro etiam legatario, tanquam successori particulari, jus est prohibendi conductori legatæ rei usum ante tempus, in quod locatio per defunctum contracta fuerat, si non aliud testamento cautum sit; sed cum herede conductor expulsus actionem ex conducto habet ad indemnitatem, *l. qui fundum colendum* 32. *ff. h. t. l. nihil proponi*, 120. §. *ult. ff. de legatis* 1. neque interest, utrum proprietas, an tantum ususfructus rei locatæ legatus sit: nam & per fructuarium ante tempus expelli posse conductorem rei fructuariæ, si in constituendo usufructu aliud actum non sit, Paulus tradidit *l. arbores* 59. §. 1. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Etsi enim prædiales servitutes fundo fructuario ante usumfructum constitutum impositas aut ex promissione imponendas fructuarius pati teneatur, *l. si pendentes* 27. §. *si qua servitus* 4. *ff. de usufructu*, locationis tamen intuitu magis emtori comparatus fuit, *d. l.* 59. §. 1. *ff. de usufr.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap.* 73. *num.* 1. *& seq.* Denique nec emtoribus, aliisque ex titulo particulari dominium adeptis, in conductione per auctorem facta persistere necesse fuit, nisi id pacto venditioni adjecto comprehensum esset, *l. Emtorem* 9. *C. h. t. l. si merces* 25. §. *qui fundum* 1. *ff. h. t.* quo casu emtor contentus esse tenetur ea mercede, quam primus conductor promisit, licet is rem pluris alteri locasset, *l. insulam uno* 53. *ff. h. t.* Confer Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 9. Tiraquellum *de re-*

tract. convention. §. 3. *Gloss. unica num.* 13. *& seqq.* Govarruviam *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 15. Petrum Barbosam *ad l. si filiof.* 26. §. *ult. ff. de soluto matrim.* Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 19. *num.* 1. *& seqq. ad num.* 10. Sed ad hoc jure, adhuc Frisiis aliisque nonnullis probato, Brabantini, Flandri, Transisulani, ac Hollandi jam dum recesserunt, atque etiam Ultrajectini secundum novellam *decis. anni* 1659. 14. *Aprilis. art.* 19. dum placuit emtionem locationi cedere, (*dat Huer voor Koop gaat*) nisi aliud inter locatorem ac conductorem nominatim actum sit; sive privata venditio interveniat, sive publica, aut ex decreto magistratus adhibitis hastæ solemnibus ad creditorum petitionem; sic ut & jus retentionis conductori competat, si remanere in conductione malit, quam post expulsionem intempestivam ad id quod interest judicio experiri, si modo bona fide, non in fraudem creditorum, (pendente forte subhastationis judicio, aut lite jam mota) locatio facta sit, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 18. 19. 20. Abr. a Wesel *ad novellas constitut. Ultrajectin. art.* 19. *num.* 12. *& seqq.* Neostadius *supr. curiæ decis.* 30. Groenewegen *ad d. l.* 25. §. 1. *ff. h. t.* & *ad l.* 9. *C. h. t.* Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n. ult.* Amstelodami tamen jure singulari id obtinet, ut in ædibus ibidem judicati exsequendi causa distractis sub hasta conductionis præcedentis vis se non extendat ultra annum a primo die Maii, venditionem sequenti, computandum. Consuetud. Amstelod. *lib.* 1. *part.* 3. *t.* 17. *van excutien n.* 7. Quia vero & fructuarius & legatarius cæterique particulares successores secundum jus civile conductoris expellendi potestatem habebant *ad exemplum venditionis*, id est, ad exemplum juris illius, quod interveniente venditione servandum fuit, *l. arbores* 59. §. *quicquid* 1. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* non abs re fuerit, illis in locis in quibus leges municipales aut mores jubent, emtorem stare locationi per venditorem factæ, etiam produci jus illud ad fructuarius, legatarios, donatarios, similesque particulari ex titulo successores; ac causam eorum a causa emtorum haud separari.

18. Quibus autem in casibus expulsiones conductorum per leges aut mores ante locationis finem permissæ sunt, observandum primo, non privata sed publica judicis auctoritate deturbari oportere colonos ac inquilinos, quoties privatim moniti migrari recusant, ne alioquin interdicto de vi & vi armata teneatur, qui dejecit, *l. colonus eum* 12. *l. cum fundum* 18. *ff. de vi & vi armata*, arg. *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris*, *l. creditores* 3. *C. de pignor. & hypoth.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 8. *art.* 8. *n.* 7. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 42. *defin.* 11. Adde *t. si ager vectigal id est emphyt. petatur n.* 51. Secundo sciendum, non ex abrupto tunc colonos, velut Jovis ignibus ictos, debere depelli, sed præcedente tempestiva denunciatione de migrando proxime exituro migrationis termino ex more vel lege regionis stabilito, ut ita tempore medio conductor sibi nova consulat alterius prædii, suis usibus ac conditioni accommodati conductione, arg. *l. in commodato* 17. §. *sicut autem* 5. *ff. commodati*, Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 8. *art.* 3. Sande *decis. Fris. lib.* 3. *t.* 8. *defin.* 1. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 20. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 17. Groenewegen *ad l.* 3. *C. h. t.* Abr. a Wesel *ad novellas const. Ultraject. art.* 19. *n.* 3. Sed & tertio notandum, illam expellendi licentiam particularibus successoribus a jure concessam non impediri ex eo, quod forte locator aut generaliter res suas aut specialiter ipsum illud prædium, quod locavit, pignori obligaverit conductori in usus, non ante finitum tempus expressum adimendi, securitatem. Cum enim illa pignoris obligatio accessoria tantum sit, principalem obligationem firmare quidem, at nequaquam immutare potest: principalis autem conducti actio personalis in id tantum comparata est, ut vel usus conductori, usque ad locationis finem præstetur, vel alioquin solvatur id quod interest, eum intempestive fuisse denegatum; adeoque obligatio ad factum, usus nempe præstationem, delabitur tandem ac desinit in condemnationem ejus quod interest, ut id in omnibus evenit facti obligationibus, *l. si quis ab alio* 13. *in fine ff. de re judicata*, junct. *l. si filiofamilias* 25. §. *ult. ff. soluto matrimon.* quibus consequens est, ut & pignoris obligatio tantum in securitatem ejus quod interest videri possit intervenisse, atque adeo successorem particularem pati quidem debere tunc prædii per prædecessorem locati distractionem pro consequendo eo quod interest, sed & venditionem impedire posse, si id ipsum expulso præstet, atque ita luat pignus, arg. *l. Paulus respondit* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*, *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignerat. act. l. cum secundus* 5. *l.* 6. *ff. de distract. pign. & hypot.* regressum deinceps adversus ipsum habiturus locatorem heredesve ejus ad indemnitatem. Ita post Petrum Barbosam ad *l. si filiof.* 26. §. *ult. soluto matrim. n.* 32. Gomezium *vari resol. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 9. *ant med.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 6. *defin.* 7. *in fine*, Perezium, *C. h. t. n. sed nec eo casu* 34. Mornacium, Tuldenum, Cancerium aliosque citatos, Abrahamus a Wesel ad *novellas const. Ultrajectinas art.* 19. *n.* 9. Animadvertendum denique, ea, quæ de conductore prædii expellendo ob id, quod in re conducta male versatur, dicta sunt, non de quovis promiscue aut leviori abusu vel neglectis circa utendi modum pactionibus appositis, sed tantum de insigniter gravi damnosoque abusu, accipienda esse. Quemadmodum enim conductor neque migrare maturius neque mercedis remissionem petere potest ob id, quod paulo minus commode aliqua cœnaculi conducti parte uteretur, vel propter necessariam partis refectionem aliquam parvulam incommodi partem sustineret, sed demum, si maxima usus pars ei impedita sit, *l. habitatores* 26. *ff. h. t.* ita quoque eum non nisi ob notabiliorem in re conducta versationem malignam dejici, æquum est. Cumque recensiti in jure non inveniantur illi abutendi modi, qui sufficientes habendi forent, id totum arbitrio providi ac circumspecti judicis relinquendum videtur, utrum abusus expulsione, an sola in id quod interest damnatione coercendus, aut etiam ob exiguitatem conniventia prætermittendus sit; sive in privatis sive in publicis rebus, atque etiam ipsis vectigalium locatorum exactionibus abusus appareat. Confer Christinæum *vol.* 3. *dec.* 115. *num.* 8. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 6. *& cap.* 5. *n.* 30.

19. Ex adverso etiam, quoties ex statuto vel consuetudine locationi cedit venditio, ita demum successor particularis inquilinum habitantem, colonum

ve fruentem, ad finem usque ferre debet, si ei conductor temporis insequentis pensiones solvere paratus sit. Cum enim ex acquisito dominii aut usufructus jure emtor, legatarius, fructuarius secundum naturalem rationem fructum usumque rei percepturi fuissent, nisi conductoribus id privilegii datum esset, ne ante finem temporis cum maximo sæpe suo dispendio depelli queant, æquum plane, ut id saltem, quod fructuum vicem gerit, adeoque pensio iisdem cedat. Quod & ita jure civili cautum in casu, quo singulari jure constitutum erat, ut ementes a fisco rem fiscalem starent locationi per fiscum factæ, *l. ult. ff. de jure fisci*, ac usque adeo obtinet, ut, si conductor temporis totius mercedem repræsentaverit, seu in antecessum solverit locatori, pro rata tamen emtori similibusque pro mercede devinctus sit, indebiti condictione repetiturus a locatore id omne, quod ultra alienationis factæ diem solutum fuit, quippe quod ex alienationis subsecutæ eventu indebitum apparet, Petrus Barbosa ad *l. si filiofam. 26. §. ult. ff. soluto matrim. n.* 27. Wesel ad *d. art.* 19. *num:* 20.

20. Utrum autem Doctores & literati vicinos suos strepitu majore artificia exercentes ad migrandum compellere possint, excutere haud libet. Quæstiones tales hominibus, eruditionis morosæ & illiberalis gloriolam dicam, an decus, affectantibus mots; si quis cognoscere cupiat, adeat Menochium *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 237. Carpzovium *defin. for. par.* 2. *const.* 37. *defin.* 23.

21. Hactenus de actione conducti. Locati actio est personalis bonæ fidei, quæ locatori datur, atque etiam conductori, qui id, quod conduxerat, alteri rursus sublocavit, *l. si tibi* 7. *l. si cui locaverim* 48. *ff. h. t.* &, si plures locaverint, singulis pro sua parte, contra conductorem, &, si plures sint, contra singulos pro rata; nisi aliud nominatim pacto actum sit, aut appareat, locatorem singulorum personas in solidum respexisse, & ita duos pluresve in solidum fecisse reos locationis: tunc enim electio ei competit, quem eorum in solidum convenire velit, usque adeo, ut ne opposito quidem divisionis beneficio in casu, quo omnes solvendo sunt, jus illud eligendi unum in solidum ei auferri possit, si actiones suas adversus ceteros præstare non recuset, *l. si diviса* 13. *C. h. t. l. item quæritur* 13. *§. duo rei* 9. *l. cum apparebit* 47. *ff. h. t.* vel nisi plures vectigalia conduxerint; tum jure Romano, arg. *l. locatio* 9. *§. socii* 4. *ff. de publicanis*; tum nostris moribus. Vide Ant. Matthæum de *auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 4. 5. 6. 7. & quæ scripsi *tit. pro socio n.* 13. Non tamen locatori primo contra secundum conductorem ulla ex locato actio est, cùm nihil inter eos contractum sit, nec ex alieno contractu alius agere aut conveniri possit, *l. quo tutela* 73. *§. ult. ff. de reg. juris*, etiamsi, forte annis pluribus locator primus a conductore secundo pensiones acceperit; eo quod isto modo nulla videri potest novatio seu delegatio intercessisse, adeoque non magis inde contra secundum conductorem, quam contra quemvis extraneum pro conductore primo solventem, actio nasci potuit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 42. *defin.* 23. Interim conductorem secundum solventem primo locatori, quod huic a primo conductore debetur, liberari etiam hoc ipso a primo conductore verius est, cum videri possit eam fecisse solutionem, ut vel liberaret res suas illatas invectasque, locatori primo ædium jure pignoris obnoxias, (ut plenius dicetur *t. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacite contrah.*) vel conductoris primi negotium gereret, atque ita compensaret debitum sibi ex tali gestione cum eo, quod ipse vicissim ex conductione secunda debet, *l. solutum* 11. *§. solutam* 5. *ff. de pignor. act. arg. l. si opera* 6. *in fine ff. de doli mali & met. except.* si modo in casu posteriore nulla conductoris prioris prohibitio intercesserit de non facienda locatori primo solutione, arg. *l. ult. Cod. de negot. gestis*, Bronchorst *miscell. cent.* 1. *assert.* 80. *pr. & in fine.*

22. Agitur hac locati actione ad id, ut conductor mercedem solvat totius temporis quod conduxit, una cum usuris ex mora, (aut secundum mores ex tempore litis contestatæ. Parens p. mem. Paulus Voet ad *princ. Inst. h. t. n.* 8.) etiamsi re conducta usus non sit, vel ante tempus migraverit, nullam justam migrandi causam habens, *l. habitatores* 27. *§. iterum* 1. *l. dominus* 55. *§. ult. ff. h. t.* Ut tamen exonerare conductorem debeat, si quam forte locator mercedem ab alio pro reliqui temporis usu consecutus sit; cum hactenus haud intersit locatoris, intempestive migratum esse, nisi aliud consuetudine vel lege municipali inductum appareat. Nam & cum exceptor quidam operas suas locasset ac deinde is, qui eas conduxerat decessisset, a Severo & Antonino rescriptum fuit, *fidem contractus impleri æquum esse*, adeoque mercedem integram ei oportere solvi, *si eodem anno mercedes ab alio non accepisset*, *l. sed addes* 19. *§. cum quidam* 9. *ff. h. t.* Similique modo responsum diem functo legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitum est, deberi modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerint, *d. l.* 19. *§. ult. ff. h. t. l. diem functo* 4. *ff. de offic. assessorum.* Neque ratio diversitatis apparet, cur non idem, quod in operarum locatione receptum est, in usu quoque locato servaretur. Quod & non obscure Paulus monere videtur; cum agens de eo, qui ante tempus sine causa migravit, non simpliciter eum ad integri temporis mercedes teneri dicit, sed potius *ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri posse, quatenus locatori in id, quod ejus interest, indemnitas servetur*, *l. dominus horreorum* 55. *§. ult. ff. h. t.* At non indemnitatem tantum, sed & lucrum captaret locator, si & a primo & a secundo conductore duplicatam temporis ejusdem haberet mercedem. Denique, si conductor re conducta male utens, ante tempus per locatorem expellatur, non aliud a conductore expulso consequitur ratione futuri temporis, quam quanti minoris deinceps eandem rem alteri locavit, *l. ea lege* 51. *pr. ff. h. t.* an autem conductor ante tempus sine causa migret, an ante tempus ex causa justa expellatur, quid quæso refert? non minorem sane abutentis quam intempestive migrantis culpam esse, evidens est, Gothofredus & Brunnemannus ad *d. l.* 19. *§. pen. & ult. ff. h. t.* Panschmanus *pract. quæst. libr.* 1. *quæst.* 16. Grotius *de jure Belli & pacis libr.* 2. *cap.* 12. *num.* 18. *in fine*, Abrah. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 1. *n.* 17. *& seqq.* Neque his adversatur, quod adversus colonum, vel inquilinum ante tempus deserentem statim dominus agere possit, atque ita temporis totius reliqui pensiones in continenti petere, *l. si in lege* 24. *§. si dominus* 2. *ff h. t.* quo etiam motus Wesel *d. c.* 1. *num.* 20. existimavit, locatorem, si ab inl-

tio temporis totius mercedem a conductore, ante tempus prædium deserente, consecutus sit, ac postea alteri prædium illud vacuum locaverit, reddere non compellendum primo conductori id, quod ex secunda redegit locatione. Considerandum namque primo, etiam jactu in tempestate facto navis levandæ gratia, statim quidem mercium jactarum dominum ex locato conducto ad contributionem ex salvatis faciendam agere posse adversus magistrum navis, sed mercibus jactis postea apparentibus, aut per urinatores eductis, exonerari contributionem, adeo ut & reddi tunc oporteat, quod ultra id, quo indemnitas præstanda erat mercium domino, jam ab initio collatum fuit, *l. si laborante 2. §. pen. ff. ad leg. Rhod. de jactu.* Neque ratio apparet, cur non similiter exoneraretur conductor primus, qui jam solverat, dum modo locator indemnis sit; maxime, cum iniquum foret, conductorem primum bonam fidem agnoscentem, ac mature sponteque forsan satisfacientem locatori primo in damno hæsurum, dum ipsi haud proficeret superveniens post solutionem ex locatione secunda quæsita utilitas; contra vero eundem in mora solvendi existentem exonerari, si interim inter moras istas merces quædam ex secunda rei ejusdem locatione redigatur; atque ita suam cuique moram prodesse, diligentiam bonamque fidem eventu inspecto damnosam evadere. Sed & secundo in *d. l. 24. §. 2.* non asseritur, statim ad integræ conductionis pensiones agi posse, sed simpliciter *statim agi posse*; agi vero potest non tam ad pensiones illas, quarum dies necdum venit, quam potius ad interponendam de pensionibus suo tempore solvendis aut indemnitate præstanda cautionem; dum propter migrationem non ultra domino ædium aut fundi in invectis jam elatis, aut fructibus ob culturæ defectum pareius proventuris, securitas est; idque ex natura negotiorum bonæ fidei, in quibus omnibus cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ad interponendam cautionem agi potest, & ex justa causa condemnatio fit, *l. in omnibus 41. ff. de judiciis.*

23. Quod si justam migrandi causam conductor habuerit, non ultra mercedem solvere tenetur, quam quatenus re conducta usus est. Justæ autem migrandi causæ sunt, si locator rem locatam alienaverit ante finem locationis: nam uti emtor aliique successores particulari locationi stare haud tenetur, ita & conductorem ad id non cogi, contractus hujus utrimque principaliter obligatorii natura suadet, *l. qui fundum 32. ff. h. t.* Costalius, Brunnemanus, & vulgo DD. ad *d. l. 32.* Vide Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 5. tit. 10. num 43.* Similiter si non commodus sit præstitus rei usus; adeoque non sine magno incommodo suo habitator morari deberet, dum vicinus ædificans in totum, non modice, cœnaculi conducti lumine obscurat necessario ad usum reparanda non refici, *l. ex conducto 15. §. 1. l. si merces 25. §. si, vicino 2. l. habitatores 27. pr. l. si fundus 33. in fine l. 34. 35. ff. h. t.* junct. *l. 1. §. ult. ff. si ususfruct. pet.* Adhæc si incursus hostium fiat, aut latronum, quibus resistere conductor non potuit, *l. idem quæritur 13. §. exercitu 7. d. l. 33. in fine;* junct. *l. 34. ff. h. t.* vel alia justa subsit timoris causa quamvis periculum vere non fuerit, secus si ne justa quidem appareret metuendi causa, *d. l. habitatores 27. §. 1. ff. h. t.* junct. *l. metum autem 9. ff. quod met. causa l. vani timoris 184. ff. de reg. juris.* Qua ratione si ædes, tempore conductionis integræ, cœperint postea terræ motu vel aliter vitiosæ esse ruinamque minari, danda dicitur conductori actio, si migrare prohibeatur, *l. inquilino 33.* junct. *l. qui bona fide 15. §. de illo 6. ff. de damno infecto*, secus, si ipso conductionis initio jam ruinosæ apparuerint, *d. l. qui bona 13. §. de illo 6. ff. de damno infecto*, Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 23. num. 6.* Christinæus *vol. 3. dec. 113. num. 3.* Et ad hunc metum justum etiam spectra in ædibus dominantia referri poterunt, ac pestis violentior, quoties istiusmodi dæmonum illusiones apertis rerum documentis probantur, qua in re multum arbitrio judicis committendum est. Vide Alexandrum ab Alexandro *Genial. dierum lib. 2. cap. 9. & lib. 5. cap. 19.* Aug. Barbosam *ad l. 3. C. h. t. num. 18.* Gisbertum Voetium avum meum p. m. *selectar. disput. Theolog. vol. 1. pag. 934. & seqq.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap. 4.* Non tamen justis migrandi causis accensendum, quod conductor ipse nunc commodam suis usibus domum fundumve jure dominii acquisierit; cum nec in jure causa talis expressa reperiatur, nec conductori difficile sit, rem recente titulo quæsitam aliis in modicum tempus, in quod usque propria conductio perdurat, elocare. Cui accedit, quod locatori tanquam domino facilius videatur ex nova causa permittendus rei propriæ usus, quam conductori facultas migrandi, dum nullum jus in re pro æquitatis fundamento habet, Aug. Barbosa ad *l. 3. C. h. t. num. 17.*

24. Præter migrationem justa ex causa factam aliæ insuper causæ sunt, propter quas mercedis remissionem pro parte vel in totum jure conductor petit, veluti si insolita ac præter regionis consuetudinem appareat sterilitas, extrinsecus eveniens, quæ & vis major ac vis divina dici solet, *l. si merces 25. §. vis major 6. ff. h. t.* qualis est ex graculorum, sturnorum, locustarum edacitate, segetis immaturæ calamitate, ac labe, dum tempestatis imbriumve violentia confracti calami, ex quibus stant spicæ, non ultra succum nutritium transmittunt ad spicarum imperfectarum repletionem, *l. excepto 18. C. h. t. l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis 2. ff. h. t.* uti &, si nives immoderatæ, ac contra tempestatis consuetudinem cadentes, frumenta corruperint, *l. fistulas 78. §. ult. ff. de contrah. emt.* si uredo fructum oleæ adusserit, vel fervore solis insueto id acciderit, *d. l. 15. §. 2. ff. h. t.* Vide d' *Instructie voor de Heeren van de Rekeninge de Domeijnen van Holl. 27. Martii 1593. art. 95. vol. 3. placit. Holl. pag. 732.* si aquæ inundatione, fluminumque vi, aut hostium incursu, impedita fuerit agrorum cultura, satio, aut messis, *d. l. ex conducto 16. §. 2. ff. h. t.* Confer Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap. 6. & cap. 11.* Contra quam statuendum esset, si vel ex ipsius rei vitio naturali sterilitas contigerit, veluti ex arborum ac vinearum vetustate *d. l. 15. §. cum quidam 5. ff. h. t.* vel bello fervente conductio agrorum facta sit, ut imminens a militibus hostibusque vastatio potuerit prævideri, arg. *l. qui bona fide 13. §. de illo 6. ff. de damno infect.* Wesel *de remissione mercedis cap. 11. n. 1. 2. 3. 4. 5.* vel culpa coloni, intempestiva cultura proventum fructuum impedientis, aut in universum negligentis culturam fundi, & ob id nil præter ea, quæ ex stipulis renata sunt, percipientis, *l. si merces 25. §. conductor. 3. ff.*

h. t. Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *num.* 26. *& seqq.* Quo & reducendum, si raucis, (vel ut alii legunt) erucis, aut herbis segetes corruptæ fuerint; quasi desidiæ coloni id damnum adscribendum sit, quod non herbarum inutilium evulsione, vermiumque collectione ac cæde promoverit uberiorem frumenti productionem, *d. l.* 15. §. 2. *ff. h. t.* Sed & si post fructuum perceptionem ipsi fructibus a colono custoditis quid adversi acciderit, dum vinum acuit aut effluxit, frumenta in horreis corrosa, ab exercitu prætereunte per lasciviam ablata sunt, aliterve perierunt, coloni potius quam domini fundi id damnum foret: cum colonus jam fructuum dominus effectus sit, ac res suo pereat domino sibique colonus imputare debeat, quod non venditione magis festinata periculum illud a se amolitus sit, sed lucelli forte majoris intensiorisque pretii spe diutius penes se perceptos voluerit fructus servare, ac æquum sit penes eum damni metum esse, quem & aucti interim pretii commoda sequuntur, *d. l.* 15. §. 2. *vers. si tamen h. t.* arg. *l.* 1. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 21. 22. 23. 46. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 23. *num.* 13. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 37. *defin.* 20. Brunnemannus *ad l.* 15. *ff. h. t. num.* 7. 8. 9. Non etiam ob sterilitatem mercedis remissio facienda est, si non insolita sed modica, eaque pro regionis conditione non infrequens ex pluviis, nivibus, aut aliis causis similibus sterilitas appareat. *d. l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t. Instructie voor de Heeren. van de Rekeningen der Domeijnen van Holland.* 27. *Martii* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 31. Nec, quoties ea lege quis fundum locavit, *ut etiamsi quid vi majore acciderit, hoc ei præstaretur*, id est, præstaretur tamen locatori, quod mercedis nomine promissum est, *l. si quis domum* 9. §. *Julianus* 2. *ff. h. t.* junct. *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt. l. licet certis* 8. *C. h. t.* Confer Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 15. 16. 17. Abrah. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 7. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 201. Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 1. Carpzovium *defin. for. par.* 2. *constit.* 37. *defin.* 17. Nec denique, in insolita præcedentium aut sequentium annorum ubertas anni sterilioris defectum suppleverit, adeo ut ne remissio quidem jam facta quicquam domino obfutura sit, quo minus integram exigat pensionem etiam anni illius, quo remisit. Plane si novissimus annua sterilis fuerit, & locator annorum superiorum sciens ubertatem conductori concesserit anni ultimi sterilis intuitu mercedis remissionem, rata ea manebit, nec ultra debet locator ad computationem vocari, *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *ff. h. t. licet certis* 8. *C. h. t.* Sed &, si non plurium annorum una locatio mercede una in fine locationis solvenda intercesserit, sed in annos singulos pensio, finito anno unoquoque præstanda, promissa appareat, uti nunc fere apud nos passim fieri moris est; censent plurimi, nullam præsentis sterilitatis insolitæ cum annorum præcedentium aut sequentium ubertate insolita compensationem admittendam esse, sed anni cujusque proventum seorsim oportere spectari, quasi tunc tot separatim contractæ intelligi deberent locationes, quot sunt annis singulis cedentes ac præstandæ pensiones; atque ita anni quidem sterilis intuitu remissionem deberi, annorum vero reliquorum præcedentium aut sequentium lucrum immodicum colono non invidendum aut auferendum esse, Auctores hos refert & sequitur Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 5. *n.* 17. *& seqq.* Sed vix est, ut opinio hæc in Hollandia probetur, repugnante lege provinciali, verbis apertis hanc præcedentium ac sequentium annorum uberiorum cum sterili compensationem præcipiente. *Instructie voor de Heeren van de rekeninge der Domeijnen van Holland* 27. *Mart.* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. Plane extra sterilitatis insolitæ casum ubertas, utcunque maxima & humanam superans expectationem, ac ex quacunque proveniens causa, invidenda colono non est, nec ob id major per eum præstanda merces; tum quia *lucrum immodicum ei haud auferendum* esse Gajus scripsit *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t.* auferretur autem, si merces augenda foret; tum quia ne publicanis quidem, qui vectigalia a fisco conducta habent, pensionis majoris solvendæ necessitas imponitur, si maximos fructus ex redemtione vectigalium consecuti sint, licet in multis privilegiata sit fisci causa, sed tantum jure singulari conductionem eandem in futurum pensionibus prioribus suscipere compelluntur, quoties vectigalia nequeunt iterum tanti elocari, *l. cotem* 11. §. *ult. ff. de publican. & vectig. & commiss.* Nec obstat *l. hi, quos* 2. *C. de alluvionibus*, quippe quæ non de ubertate fructuum, sed agri ipsius incremento tractat, nec de pensione, sed de tributo, onere illo reali pro aucta agri mensura augendo, uti ex adverso minuitur tributum illis, qui ex fluminis edacitate suum deplorant patrimonium diminutum, *d. l.* 2. Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. par.* 1. *cap.* 3. *n.* 34. 35. Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 19. 20. Ant. Matthæus *de unction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 19. dissent. ex parte Gomezius *var. resol. tom.* 2. *c.* 3. *n.* 18. *in fine*, & plures antiquiores Interpretes.

25. Quando autem sterilitas insolita dici debeat, an, cum ne dimidium quidem mercedis ultra pretium seminis ac impensarum in fructu est; an magis, cum collato semine, expensis, ac pensione integra, conductor supra dimidium læsus reperitur, vix pro regula tradi potest; magisque est, ut ejus rei tanquam in jure non definitæ, æstimatio judicis æqui arbitrio relinquatur. Confer Christinæum *vol.* 3. *decis.* 110. *num.* 14. Menochium *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 76. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 18. Mozzium *de contract. cap. de accidental. locat. & conduct. n.* 10. *& seqq.* Ant. Fabrum *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 3. Mascardum *de probation. conclus.* 1340. verbo, *sterilitas.* Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 1. 2. 3. Carpzovium *defin. for. p.* 2. *const.* 37. *defin.* 11. Brunnemannum *ad l.* 15. *ff. h. t. n.* 12. *& seqq.* Dummodo meminerimus, primo quidem in insolitæ sterilitatis inquisitione omnes illius anni integrique prædii, non partium singularum diversa ferentium, fructus considerandos esse, nec insolitam intelligi sterilitatem, si cum decem agri jugera in satis essent, decem in vineis, solæ vineæ spem coloni fefellerint, sata proventum dederint solito uberiorem, aut vice versa: quippe quo casu magis messis ubertas cum vindemiæ sterilitate compensanda foret, velut unus anni totius fructus, arg. *l. si fundus* 8. §. 1. *ff. soluto matrim.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 47. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *n.* 32. Giurba *observ.* 24. *n.* 13, aliique citati apud Abr. a Wesel *de*

remiss. mercedis cap. 4. *num.* 23. Secundo talem esse oportere insolitam sterilitatem, ut inde plus quam tolerabile damnum colonus senserit: unde si ob sterilitatem sic pretia fructuum intensa fuerint, ut ex paucis natis colonus vendendo tantundem redegerit, quantum vulgo ex modico fundi proventu, remissio haud facienda esset, cum nullam senserit ex sterilitate læsionem, arg. *l. si merces* 26. §. *vis major. ff. h. t.* Giurba *d. observ.* 24. *n.* 16. Quod si nulla quidem insolita sterilitas sit, sed ob abundantiam aliunde advectorum, aut ob emtorum raritatem vilissimo fructus pretio distrahantur, colonum magis id quam fundi dominum gravare debet, cum illud non fructuum pendentium, sed jam perceptorum damnum sit, Gomezius, *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 18. *post med.* Brunnemannus *ad l.* 15. *ff. h. t. num.* 19. Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 25. Nec remissio mercedis, per unum ex vicinis facta, mox reliquos ejusdem viciniæ dominos obligat ad faciendam similem mercedis remissionem, *l. circa* 19. *C. h. t.*

26. Sunt insuper aliæ causæ, propter quas aut nulla aut minor præstanda est merces; veluti, si vel ante tempus conductor expulsus fuerit, quem sæpe præter futuri temporis liberationem a mercede, amplius id quod interest petere posse, supra expositum, vel statim ab initio locator conductori usum rei locatum non præstiterit, licet postea cum res integra esse desiit, conductori patientiam fruendi præstare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest, *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. h. t.* Idemque est, si longe majorem locator dixerit agri modum esse quam qui re ipsa præstitus fuit; in quantum pro rata minoris quantitatis ad usum concessæ diminuenda quoque merces est; maxime, si locator veri modi scientiam habuerit, licet tunc clausulam de non præstanda quantitate expressa subjunctam ponas, exemplo eorum, quæ de errore circa quantitatem in emtione tradi solent. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 150. & *part.* 4. *consil.* 270. Adde *tit. de contrab. emt. n.* 7.

27. Sed &, si per eum, qui operas elocaverat, steterit, quo minus eas præstet, minuenda merces pro rata temporis, quo præstitæ non sunt; nisi is, cui operæ debitæ debitorem operarum invitum ad operas tempore statuto præstandas cogere latius ducat. Ex eoque fundamento est, quod si quis opificii vel artificii discendi causa sese in certum tempus addixerit artificii, priorum scilicet annorum imperitiam annorum postremorum peritia pensaturus, ac jam in arte provectus alteri ante locationis prioris finem suas operas locaverit, liberum priori sit discipulum talem ad temporis præfiniti finem usque in suum artificium ac ministerium revocare. *Placit. Ordin. Holl.* 2. *Sept.*, 1597. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 513. Quod & de famulis ac ancillis intempestive recedentibus, aut operas alteri immature addicentibus, variorum locorum statutis cautum, vel usu firmatum est; nisi nuptiarum causa ante tempus migrare festinent. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 2. & *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 11. Aliter hæc obtinent, si per eum, cui operæ præstandæ, factum sit, ut non præstentur, arg. *l. jure civili* 24. *ff. de condit. & demonstrat.* Qua ratione nauta mercedem integram potest exigere, si navigare non potuerit ob id quod mercium dominus vectigal non solverat, & ita merces ex causa commissi fisco vindicatæ fuerant, *l. pen.* §. *navem* 1. *ff. h. t.* vel navigatio absoluta quidem sit, sed irrito eventu, dum culpa aut voluntate conductoris merces aliunde advehendæ impositæ non sunt. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 20. *num.* 1. 2. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 9. & 72. (*vol* 73. *pag.* 250.) vel denique statim ab initio conductor merces nullas imposuerit navigio conducto: quo tamen casu si magister, facta prius protestatione, alio navigaverit quæsitum merces transvehendas, redactum inde naulum cessurum in exonerationem primi conductoris, qui merces non imposuerat, tradit Weytsen *tract. van Avarye fere circa finem*, vers. *bieromme*, & versu *maar in cas*, eoque faciunt tradita *n.* 22. *h. t.* & sequentia *hoc num.* Quod si ob supervenientem casum fortuitum operæ præstitæ non sint, videndum, utrum casus ille contigerit ex parte ejus, cui opera præstanda, an ex parte illius, qui earundem in se receperat præstationem. Si ex ejus latere, qui operas conduxerat, dum is forte mortuus est integra totius temporis & operæ solvenda merces, nisi medio tempore operam locator alteri elocasset, *l. sed addes* 19. §. *pen. & ult. l. qui operas.* 38 *ff. h. t.* arg. *l. ult. pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu.* Sin ex parte locatoris, dum is morte præventus vel aliter inhabilis effectus operam promissam adimplere non potuit, non nisi pro rata operæ præstitæ merces est debita, si modo opera pro parte præstita utilitatem conductori attulerit, ut id in famulorum, ancillarum, mercenariorum operis plerumque fit, arg. *l. si operis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *in fine, sed addes* 19. §. *si quis, cum* 6. *ff. h. t.* uti & in navibus in certum tempus conductis, si onus impositum ad loca destinata pertulerint, iterumque novis onustæ mercibus perierint; quod turba mercatorum firmatum vide Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 147. Quin imo, si modico tantum temporis spatio famuli aut ancillæ valetudine impediti non per omnia operas promissas impleverint, non statim ob id defectionem ex mercede eorum facere oportet, arg. *l. habitatores* 27. *pr. ff. h. t.* eoque pertinet illud Pauli Jurisc. qui agens de servo, cui libertas legata erat, *si heredi announo servisset*, ait, etsi quibusdam diebus aut valetudo aut alia justa causa impedimento fuerit, quo minus serviat, tamen & hoc anno imputandos esse; servire enim nobis intelligi etiam hos, quos ægros curamus; qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur, *l. cum heres* 4. §. *Stichus* 9. *ff. de statuliberis*. Plane si opera ex parte tantum præstita nullum conductori emolumentum adferre potuerit, nulla quoque mercedis exactio competit. Hic cum nauta, amissa nave, munere vehendi functus non esset, eum vecturam non petere, &, si prorogatum accepisset, reddere debere, idque in omnibus personis similiter observandum esse, ab Antonino rescriptum est *l. ea conducto* 15. §. *item cum quidam* 6. *ff. h. t.* licet operam eandem postea rursus offerant implendam, arg. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. h. t.* Confer Neostadium *Curiæ supr. decis.* 32. Si tamen ex naufragio merces quædam salvatæ sint, moribus hodiernis naulum earum pro rata itineris emensi nautæ solvendum foret, ipsisque etiam sociis nauticis, quorum vigilantia res salvatæ, præmium salvationis; adeo ut & mercium retentio pro utroque consequendo tributa sit. *Zee-Rechten van*

Kon. Philippus ult. Octobr. 1563. *tit. van Schipbrekingen art.* 12. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 816. *Ze rechten. van Keyser Carel* 19. *Julii* 1551. *art.* 40. *d. vol.* 1. *pag.* 792. *Artickel. Brief van de Oost. Indische Compagnie* 8. *Martii* 1658. *art.* 42. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1288. 1289. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 29. *n.* 3. *& seqq.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 153. *quaest.* 2. Jacobus Coren *observat.* 24. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 58. Quod si ex neutrius latere impedimentum fuerit, sed publica auctoritate præstatio operarum, aut navigio ex conventione instituenda, impedita sit, si quidem impedimentum illud intervenerit statim ab initio ante cœptam navigationem, neuter alteri ex tali contractu obstrictus manet, nisi ad id, ut impensas jam factas simul ferant, *l. ult.* §. 1. *ff. ad leg. Rhod. de jactu*, *Zee-Rechten van Keyser Carel art.* 36. *vol.* 11. *pl. Holl.* 792. *van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art.* 4. *d. vol.* 1. *pag.* 8 7. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 15. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 20. *n.* 4. 5. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 210. quod repetitum *part.* 4. *consil.* 87. adeo ut neque pœna debeatur, si quæ promissa sit. *Placit. Ordinum General.* 25. *Aprilis* 1655. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 294. *in fine*, neque postmodum, cessante impedimento publico, navigare nauta tenetur, nisi nova interposita conventione, eo quod semel resoluta obligatio non nisi duorum voluntate redintegrari potest. Neostadius *d. decis.* 15. Si vero post cœptam & ex parte absolutam navigationem demum supervenerit publica prohibitio, iterum ex jure nostro nautico distinguendum est. Si enim navis conducta sit, ut hinc solvens, merces alibi recipiat huc aut aliorsum devehendas, & in ipso mercium recipiendarum loco auctoritate magistratus easdem suscipere prohibeatur, integra merces debita est, quoties nullam a magistratu prohibente mercedem nauta consecutus est. *Zee-Rechten van Keyser Carel art.* 35. *d. vol.* 1. *pag.* 791. *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art.* 2. *d. vol.* 1. *pag.* 806. Sed si, cum jam in peregrina regione navis esset, id actum fuerit, ut inde ad alium naviget locum onus suum ibi exceptura, postquam autem jam eo appulisset, mercium impositioni aut transvectioni magistratus loci illius intercedat citra culpam nautæ vel mercatoris, dimidiatæ mercedis solutionem fieri oportere constitum est, *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art.* 3. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 806. 807. Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 20. *num.* 2. 3.

28. Illud circa mercedis præstationem prætermittendum non est, cogendos haud esse prædiorum conductores ad mercedem locatori iterato solvendam, si eam hostibus, ea regione ad tempus potitis, bona fide ac sine collusione solvere compulsi sint, nec ante hostilem occupationem in mora solvendi fuerint ex more regionis, arg. *l. Paula Callinico* 27. §. *ult. ff. de legatis* 3. Nec adversatur *l. pen. ff. soluto matrimonio*. Quod enim Liciniæ Gracchi uxori dotem, quæ in ea perierat seditione in qua Gracchus occisus erat, restitui oportere Publius Mucius respondit, id eo nititur fundamento, quod maritus in dote dolum & culpam præstare debeat, Gracchi autem culpa seditio illa facta erat, *d. l. pen.* Minus obest, quod Papinianus scripsit, eum, qui vecturas navium & pensiones insularum, quas dominus locaverat, prædoni solvit, hoc ipso non liberari, *l. si urbana* 53. *ff. de condict. indeb.* cum prædo illic accipiatur pro malæ fidei possessore, qui privatus est, ac neque vi coegit ad solvendum, neque, si vi compulisset, ullo id fecisset jure: contra, quam est in hostibus, qui belli jure ex jure gentium muniti, & per hoc a prædonibus etiam publicis distincti sunt, *l. hostes hi sunt* 118. *ff. de verb. signif. l. hostes sunt* 24. *ff. de captiv. & postlim.* Matth. de Afflictis *decis.* 150. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 33. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 217. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 14. 15. Vide tamen *placitum ordinum General.* 6 *Julii* 1673. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 249.

29. Cæterum non mercedem tantum actione locati locator persequitur, sed & damna, quæ rebus locatis per dolum latam levemve culpam conductoris illata sunt; quippe quam a conductore præstari placuit, eo quòd utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati*, *l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. jur.* Proinde, si is fundum intempestiva cultura, si arbores, si vites operis rusticis imperite aut non suo tempore factis deteriores reddiderit, si villarum, horreorum, aquæductuum curam neglexerit, atque ita hæc & alia similia corrumpi passus sit, locatori obstrictus erit, *l. si merces* 25. §. *conductor* 3. *ff. h. t.* Idemque est, si prædii conducti usum immutaverit sine locatoris voluntate, domum forte ad jumentorum stationem & stabuli usum convertendo, ex pascuis novalia, ex pomariis pascua faciendo, arbores frugiferas exscindendo, villam diruendo, viridaria vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas dejiciendo, ut horti olitorii fiant, vel aliud quid quod ad reditum spectat, arg. §. *pen. Instit. h. t. d. l.* 25. §. *ipse quoque* 5. *ff. h. t.* junct. *l. si cujus rei* 13. §. *fructuarius* 4. *&* §. *ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 215. & *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 18. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 13. Sed & alia plura sunt, quæ culpæ adnumerata, vel conductor usus vel locator operarum præstare debeat, veluti si quis mulas conductas onere nimio imposito ruperit, *l. qui insulam* 30. §. *qui mulas* 2. *ff. h. t.* si cisiarius seu carrucarius, dum ceteros præterire contendit, cisium evertat, & mercibus aut viatoribus damnum det, *l. item quæritur* 13. *pr. ff. h. t.* si navicularius fervente tempestate e portu solverit, aut in navem minus idoneam merces transposuerit, *d. l.* 13. §. 1. *ff. h. t.* si magister sine gubernatore navem in flumen immiserit, & cum orta tempestate temperare non posset, eam cum mercibus amiserit, *d. l.* 13. §. 2. *ff. h. t.* si fullo pallia polienda permutaverit, aut ea mures roserint, vel cum rerum mobilium qui conduxisset usum, res aliorum aliis restituerit, *d. l.* 13. §. *si fullo* 6. *ff. h. t.* Factum quoque tertii toties ad culpam conductoris pertinet, quoties is suis inimicitiis aut alio simili modo causam isti facto præbuit, *l. si merces* 25. §. *culpæ autem* 4. *ff. h. t.* arg. *l. pen. pr. ff. soluto matrimonio*, vel præcavere potuit, & rem ita custodire, ne alius in ea damnum det, *l. videamus* 11. §. *item* 2. *l. sed de damno* 41. *ff. h. t.* arg. *l. item quæritur* 13. §. *exercitu* 7. *ff. h. t. l. lector* 12. 13. 14. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Mascardus *de probation. conclus.* 894. verbo, *incendium num.* 16. 23. 24. Sande *decis. Fris. libr.* 5. *tit.* 7. *defin.* 2. Hugo Grotius *manud. ad juris-*

prud. Holl. libr. 3. *cap.* 19. *n.* 34. 35. Longum esset, omnia recensere, quæ & in hoc titulo & sparsim in jure ad culpam in hoc contractu præstandam relata occurrunt, quæ & ex parte *in tit. de lege Aquilia*, excussa jam sunt.

30. Illud monuisse suffecerit, culpæ levissimæ nullam in hoc contractu præstationem esse, nisi quis eam pacto in se receperit, aut pro custodia mercedem acceperit, *l. qui mercedem* 40. *ff. h. t.* aut artificium professus sit, *l. si quis domum* 9. §. *pen. ff. h. t.* Grotius *d. libr.* 3. *manud. cap.* 19. *num.* 36. *& seqq.* Unde si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, ex quibus deinde vinum effluxit, tenetur in id quod interest, nec ignorantia ejus excusata est, *l. sed addes* 19. §. 1. *ff. h. t.* & si gemma includenda aut insculpenda data, ac confracta sit, non aliter is, qui id in se recepit, securus erit, quam si absque ulla ejus imperitia, solo materiæ vitio, id ipsum acciderit, *d. l. item quæritur* 13. §. *si gemma* 5. *ff. h. t.* Similiter qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum præstat, si qua ipsius eorumque, quorum opera utitur, culpa acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sint, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idemque intelligimus & si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit; quod & ad alias res transferri potest, *l. si merces* 25. §. *qui columnam* 7. *ff. h. t.* Quæ iniqua videri non debent, cum affectare quisque non debeat id, in quo vel intelligit vel intelligere debeat, imperitiam suam aliis periculosam futuram esse, *l. idem juris est* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.*

31. Quod si casu fortuito res, circa quam locatio conductio concepta est, perierit, domino perit, nisi aliter periculum quoque in se receperit, *d. l.* 13. §. *si gemma* 5. *ff. h. t.* vel nisi dominus probet, casum ex concurrente conductoris culpa profluxisse, arg. *d. l.* 13. *pr.* §. 1. 2. *ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *num. ult.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const it.* 26. *defin.* 19. Imo si alienæ materiæ novam formam artifex addiderit, certa mercede constituta, & antequam novam speciem perfecisset aut jam perfectam domino materiæ in nulla mora posito restituisset, ea penes ipsum incendio, furto, aliove simili infortunio extra culpam ejus contingente perierit, domino quidem materiam quam dederat, artifici vero operæ pretium perire, æquum videtur, arg. *l. opus, quod aversione* 36. *ff. h. t.* Resp. Jurisc. Hollan. *part.* 1. *consil.* 214. quod repetitum *part* 4. *consil.* 70. Nec recte his objiciatur, ad id, interitus rei, ex rei ipsius vitio contingens, artificem non gravet, pacto speciali opus esse, *l. si servus* 27. §. *si calicem* 29. *ff. ad Leg. Aquil.* Novum enim non est, ut pacto caveantur & ea, quæ jure communi cauta sunt, dum vel juris illius imperiti sunt contrahentes, vel omnia tuta timent: ac hisce quoque pactionem in *d.* §. 29. propositam accenseri oportere; vel ex ipsa lege manifestum est, dum dicitur, artificem, *si non imperitia fregit, posse excusatum esse*. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 10. *num.* 16.

32. Tendit denique locati actio ad id, ut finita conductione res in eodem statu, quo data, restituatur, *l. cum conductorem* 29. *C. h. t.* quo non facto, propter rem quidem mobilem adversus conductorem in litem juratur, *l. si cui locaverim* 48. §. 1, *ff. h. t.* propter immobilem vero, si usque ad sententiam restituere detrectet, ad rem simul & æstimationem ejus reddendam condemnatur, tanquam invasor alienæ possessionis, *l. pen. C. h. t.* Quod & nostris moribus firmatum est, in quantum post litem contestatam præter fundum & litis impensas dimidium pretii, post sententiam vero totum pretium & id quod interest, reddere domino tenetur, si in ære non habeat, in pelle luiturus. *Edict. Caroli V.* 22. *Januar.* 1515. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 36. *& seqq. Politic. Ordonnantie van Holland. ann.* 1580. *art.* 33. 34. *Placit. Ordin. Holl.* 26. *Sept.* 1658. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2515. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 34. Confer Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *num.* 52. & *cap.* 7. *num.* 1. *& seqq.* Neque hanc rei conductæ restitutionem objecta per conductorem dominii exceptio morari potest, etiamsi forte conductori facilis esset domini probatio, sed omnino possessionem prius reddere debeat, & tunc de proprietate litigare, maxime si non ordinaria hac locati actione, sed interdicto recuperandæ possessionis locator experiatur, *l. si quis conductionis* 25. *C. h. t.* Neostadius *curiæ supr. decis.* 87. Groenewegen ad *d. l.* 25. *C. h. t.* Wassenaar *pract. judic. d. cap.* 7. *num.* 10. Tertium tamen per motam de dominio controversiam intercedere posse, ne locatori res restituatur, verius est; nostris præsertim moribus, quibus probatum sistendi seu arrestandi jus. Vide Ant. Fabrum *C. lib.* 3. *t.* 22. *defin.* 8. Quid, quod nec pro impensis & meliorationibus in rem conductam factis retentio conductæ rei invito locatore fieri potest, si modo is idoneam obtulerit cautionem de reddendis iis, quæ ex conventione vel lege aut more regionis restitui oportere judicatum fuerit, *Placit. Ordinum Holl.* 26. *Sept.* 1658. *art.* 10. *& seqq. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2518. Sande *de prohibita alienat. part.* 3. *cap.* 8. *num. ult. & ibi plures citati.* Wassenaar *pract. jud. d. cap.* 7. *num.* 34. *& seqq. ad num.* 41.

33. Præter usum & operas, præcipua locationis objecta, etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat, qui illud conducit seu redimit faciendum, etiam redemtor operis inde appellatus, *l. qui insulam* 30. §. *qui ædem* 3. *l. ea lege* 51. §. *locavi* 1. *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. h. t. l.* 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. si ventri* 24. §. *divus* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend.* Licet & alio sensu redemtores dicantur, qui certum vectigal aut tributum, veluti portorium pro transitu pontis, exigendum conduxerunt, *l. cum in plures* 60. *ff. h. t.* aut frumentum aliaque similia de loco in locum transferenda, *l. si hi qui* 14. *C. h. t.* Ac in hac operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat; cum alioquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor præstet, *l. ea lege* 51. §. 1. *l. cum in plures* 60. §. *mandavi* 4. *ff. h. t.* quamvis & illud verum sit, conductorem operis simul dici posse locatorem operæ, in quantum artifex, qui insulam ædificandam aut quid simile faciendum conduxit, operam suam elocat, id est, faciendi necessitatem, *l. item si prædio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff. h. t.* Atque hinc est, quod Marcellus disputans de *conductore* pluribus *locante*, an singulos in solidum convenire possit; eum *conductorem* appellat, quia opus a pluribus redemerat faciendum, & eundem tamen *locasse* scribit, in quan-

tum operis conductio includit operarum locationem, *l. cum apparebit* 47. *ff. h. t.*

34. Elocatur autem opus faciendum vel aversione, vel in pedes mensurasve, vel in dies singulos constituta mercede, *l. qui insulam* 30. §. *qui ædem* 3. *l. opus* 36. *l. ea lege* 51. §. *locavi* 1. *ff. h. t.* Potestque is, qui opus faciendum in se recepit, vel per se vel per alium, quem suo substituit loco, illud perficere, vel alteri rursus sublocare, *l. si cui locaverim* 48. *ff. h. t. stipulatio ista* 38. §. *si quis insulam* 21. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. quisvis censibus* 16. *C. de episcop. & clericis*, quo casu redemtor primus ex substituti, perperam opus adimplentis, culpa tenetur; cum culpa non careat, quod alteri minus perito minusve diligenti opus conductum commiserit perficiendum, *arg. l. vel per literas* 2. §. 1. *ff. si mensor fals. mod. dixerit*, *l. ad similitudinem* 21. *C. de episcop. & clericis*, §. *ult. Instit. de curatoribus*. Non tamen opera vicaria in opere conducto admissa est, si specialiter inter locatorem ac redemtorem actum fuerit, ut is *suis operis* illud perficiat; cum longa inter artifices differentia sit & ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, *l. inter artifices* 31. *ff. de solution.* Uti nec, si quis per testatorem legato vel institutione honoratus, opus facere jussus sit, & appareat voluisse testatorem, ut per ipsum opus illud fiat, *l. fideicommissa* 11. §. *ult. ff. de legatis*, 3. Idemque est, si constiterit, in opere elocando certæ personæ industriam electam esse, quæ non ita in aliis reperitur, aut saltem ex locatoris æstimatione & affectione quodammodo dependet; veluti, cum quis Apelli aut Parrhasio picturam mandasset faciendam: non enim eandem in alterius pictoris surrogati opus affectionem artis istius cultoribus ac miratoribus surgere solere, palam est, Andr. Gayl. *libr.* 1. *observat.* 97. *n.* 5. *& seqq.* Menochius *de præsumt. libr.* 6. *præsumt.* 92. Perezius *Cod. h. t. num. locari quoque* 11. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 21. *thes.* 6.

35. Ceterum in operis locatione varia veniunt consideranda, puta probatio vel improbatio ejus, periculum, locus & tempus ubi ac intra quod illud perficiendum est, ac denique operis locati intuitu solvenda merces. Probationem quod attinet, ea vel a locatoris vel a tertii arbitrio pendere potest. Ipsius locatoris aut heredis ejus arbitratu fit, si inter contrahentes id actum fuerit; quo casu non aliud censetur conventum, quam ut conductor in opere perficiendo sequatur præscriptum locatoris, arbitrio viri boni; sic ut locator opus improbare nequeat, ubi quisque bonus illud probaturus fuisset, tanquam secundum locatoris voluntatem factum, *l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t. l. si libertus* 30. *ff. de operis libert.* junct. *l. in personam* 22. §. 1. *ff. de reg. juris.* Unde &, si domus facienda locata fuerit, lege dicta, *ut probatio locatoris aut heredis ejus esset*, ac redemtor ex voluntate locatoris quædam in opere permutasset, responsum a Labeone, opus quidem ex lege locationis non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemtorem absolvi debere; tanquam qui ex viri boni judicio opus secundum locatoris præscriptum implevit, *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. h. t.* Quibus non obstat, quod conferri nequeat in emtoris arbitrium pretii determinatio, *l. quod sæpe* 35. §. 1. *ff. de contrahend. emt.* Considerandum enim, in debitoris quidem aut creditoris arbitrium conferri posse, quid, quale, quantum præstandum sit, si modo subsit efficax obligatio ad aliquid præstandum, sic ut eo casu arbitrium debitoris aut creditoris pro viri boni arbitrio accipiendum sit, *l. si societatem* 6. *ff. pro socio*, *l. si quum ea* 3. *C. de dotis promiss.* *l. si libertus* 30. *ff. de operis libert.* arg. *l. in personam* 22. §. 1. *ff. de reg. juris*, *l. hæc venditio* 7. *ff. de contrah. emt.* Posse etiam in creditoris arbitrium conferri, an sibi velit deberi, nec ne; qua ratione subsistit legatum sub illa datum conditione, si legatarius voluerit, *l. si ita expressum* 69. *ff. de condit. & demonstrat.* *l. si ita legatum* 65. §. *illi* 1. *ff. de legatis* 1. & venditio probata est, *ut Stichus tibi sit venditus aureis tot, si intra certum diem tibi placuerit.* §. *pen. Instit. de emt. vendit.* *l. si res ita* 3. *ff. de contrah. emt.* uti & illa, qua res ad gustum vendita est, in quantum emtori licet post degustationem improbare, *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrah. emt.* quibus in casibus emtor, rerum ex venditione tradendarum creditor, definit, an sibi eas velit ex emto debitas, nec ne. Contra vero, in arbitrium debitoris, conferri non posse, an velit obstrictus esse, nec ne, *l. hæc venditio* 7. *ff. de contrah. emt.* *l. arbitraria* 2. §. *Scævola* 2. *ff. de eo quod certo loco*, *l. stipulatio* 17. *ff. de verbor. obligat.* Quo posito, non adversatur *d. l.* 35. §. 1. *ff. de contrah. emt.* quippe in qua emtor erat debitor pretii suo arbitrio determinandi, & poterat non determinando efficere, ne debeat; cum ex adverso hic locator sit creditor operis illius, quod suo arbitrio probaturus est.

36. Arbitrio tertii fit operis probatio, cum viri boni judicio æstimatur operis qualitas, an conventioni inter locatorem & conductorem factæ respondeat, nec enim ille de tempore, intra quod perficiendum erat opus, sed tantum de bonitate ejus judicium ferre debet; adeo ut nec tempus, contractus lege definitum, coarctare arbitrio suo possit, aut prorogare, nisi & hoc ipsum lege comprehensum sit, *l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t.* Et huic tertii arbitratui standum erit, nisi is inique arbitratus sit, aut dolo redemtoris opus probaverit, quod alioquin vere improbandum esset. Nam si, non interveniente redemtoris dolo, arbitrium manifeste iniquum arbiter interposuerit, illud judicio bonæ fidei corrigendum foret, *l. unde si Nervæ* 79. *ff. pro socio.* Sin per dolum redemtoris secuta fuerit probatio operis, irrita habetur, perinde ac si opus a tertio probatum haud fuisset, *d. l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t.* Quod si tertius ille vel nolit, vel morte, furore aliterve impeditus, non possit opus perfectum probare, non ideo inutilis erit locatio operis quasi deficiente contractus conditione. Quamvis enim locatio aut venditio nulla intercessisse intelligatur, si tertius, cujus arbitrio mercedis vel pretii determinatio commissa fuit, haud arbitretur, *l. merces* 25. *pr. ff. h. t. in fine Instit. de emt. & vendit.* *l. ult. C. de contrah. emt.* tam ad hanc operis probationem id transferendum non est; cum locatio ac emtio ob non definitum ab arbitrio pretium deficiat in sui substantia, *quasi nulla mercede nulloque pretio constituto*, ut habent verba *d. l.* 25. *pr. ff. h. t. d. l. ult. C. de contrah. emt.* atque insuper censeatur non pure sed sub conditione contracta esse; qua conditione deficiente totam quoque obligationem ex contractu deficere, necesse fuit, *d. ll.* At cum opus ar-

bitrio tertii probandum locatur, puta locatio est, ac statim ab initio tum merces tum opus, certa lege faciendum, consensu mutuo determinatum apparet; neque in sui deficit substantia ante factam a tertio probationem, sed tantum circa contractus pure celebrati ac perfecti implementum, an nempe secundum legem conductionis opus perfectum sit, arbitrium tertii occupatum est: quale arbitrium in omnem eventum ad judicem pertinuisset, si nullus tertii arbitrium circa probationem operis fuisset electum, & conductore mercedem petente, locator exciperet, non ex lege locationis opus factum esse. Ut proinde in casu nostro, si tertius opus nec probet nec improbet, judicis æstimatio esse debeat, an per operis redemtorem legi conductionis satisfactum sit. Eo fere modo, quo & pater, qui vel suo vel tertii arbitratu se dotem genero daturum promisit, etiam arbitrio tertii deficiente congruam dare dotem compellitur pro modo facultatum suarum ac mariti dignitate, quia etiam arbitrio omni detracto efficax fuisset promissio patris, utpote citra tale arbitrium ad dotem filiæ constituendam obstricti, *l. cum post divortium* 69. *§. gener* 4. *ff. de jure dot.* junct. *l. capite trigesimo quinto* 19. *ff. de ritu nup.* *l. ult. in med. C. de dotis promiss.* *l. si filia* 43. *ff. de legatis* 3. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de legatis* 2.

37. Circa periculum operis distinguendum inter opus per aversionem locatum, & illud, cujus faciendi locatio in pedes mensurasve concepta est. Si per aversionem, ad conductorem spectabit operis periculum donec illud a locatore approbatum fuerit, quoties culpa conductoris vitiosum factum periit ante probationem, *l. ea lege* 51. *§.* 1, *l. ult. ff. h. t.* sive merces una toti operi consummato constituta sit, sive id actum fuerit, ut in dies singulos certa merces redemtori operis penderetur; si modo universitas consummationis pertinuerit ad conductorem: nam si ideo in operas singulas merces constituta fuerit, ut arbitrio domini seu locatoris opus efficeretur, nihil de operis bonitate conductorem domino oportet præstare, *d. l.* 51. *§.* 1. *in fine ff. h. t.* Plane si non operis ipsius, sed soli vitio opus corruerit imperfectum ac necdum probatum, locatoris potius quam conductoris id damnum foret, *d. l. ult. ff. h. t.* junct. *l. si fundus quem* 33. *pr. ff. h. t.* Quod si casu fortuito, veluti incendio, terræ motu seu insolito terræ tremore ac concussione & generaliter *vi majore* seu *vi divina*, opus consumtum sit, si quidem tale jam opus fuerit, ut probari deberet, ad locatorem id detrimentum pertinet, nisi aliud actum sit, *l. opus quod aversione* 36. *in fine*, junct. *l.* 37. *ff. h. t.* si vero imperfectum, ut necdum probatio ejus desiderari potuerit, magis ad ipsius conductoris periculum is casus spectat, arg. *d. l.* 37. *ff. h. t.* Quo facit, quod, si quis insulam sibi fieri stipulatus sit, aut heres ad eam legatario ædificandam damnatus fuerit, ac, cum aliqua pars insulæ facta esset; ea incendio consumeretur, definitum fuit, integrum ei, qui ad eam extruendam obligatus erat, tempus concedendum rursus esse, quo insula tota fieri possit, antequam cum eo ad id quod interest, opus præstitum non esse, agi debeat, *l. & ideo basilatur* 15. junct. *l.* 14. *ff. de verbor. oblig.* qualis integri temporis concessio supervacua foret, si non ex integro post tale incendium ad opus totum perficiendum obstrictus esset, cui vel ex conventione vel ex testatoris voluntate domus extruenda necessitas imposita est. Nec huic contrarium est Javoleni responsum, cum ait: *Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta, terra motu concussum erat ædificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit, Flacci periculum esse*, adeoque locatoris, *l. Marcius domum* 59. *ff. h. t.* Non enim illic per *terræ motum* denotatur insolita illa terræ concussio, qua & montes subsidere, & domus ruere, & alia naturæ miranda fieri constat, in cujus causas prolixissime inquirit Seneca *Quæstionum naturalium lib.* 6. *cap.* 4. *& multis seqq. usque ad finem*, sed potius terræ levioris seu mollioris subsidentia, qua cedit oneri graviori imposito, cui ferendo par non est, adeoque *vitium illud soli*, cujus meminit Jurisconsultus Labeo, in *l. ult. ff. h. t.* & Gajus, cum ait, fructuarium jure desiderare, sibi caveri per proprietarium de vitio soli, uti dominus proprietatis vicissim cautionem exigit de vitio operis, si quid fructuarius ædificet, *l. inter fructuarium* 20. *ff. de damno infecto*, ex quo soli vitio etiam superveniens operi damnum ad locatorem pertinere, jam supra adstructum ex *d. l. ult. ff. h. t.* Non sane damnum ex omni terræ motu ad Flaccum pertinuisse, sed ex eo, qui *vi naturali* contingit, a Javoleno in *d. l.* 59. *ff. h. t.* scriptum fuit; id vero fit, si inædificata, pondere suo terram subjectam prementia, eandem moveant, promoveant, ac gravitati suæ faciant cedere: unde & *loci palustris aut arenosi naturale vitium esse*, Ulpianus tradidit *l. fluminum publicorum* 24. *§. sed ut ne* 2. *ff. de damno infecto*, qualis terræ motus a vi naturali solique vitio proficiscens, nihil commune habet cum illa terræ motus specie, quæ fluminis, aut maris, aut tempestatis, aut incendii violentiæ conjungi, & quantum ad effectus juris exæquari solita, casibus plane fortuitis adnumeratur, & non ad vim *naturalem*, sed magis ad vim *divinam* pertinet, *d. l. fluminum* 24. *§. Servius* 4. *& §.* 5. *ff. de damno infecto*, quam & *vim majorem* Jurisconsulti dixerunt, *l. si merces* 25. *§. vis major* 6. *l. opus, quod* 36. *ff. h. t.* & vim magnam, *l. hoc ita* 2. *§.* 1. *in fine ff. de peric. & comm. rei vend.* ac denique talem, quæ *contra consuetudinem* damnum infert, *l. fistulae* 78. *§. ult. ff. de contrah. emt.* junct. *d. l. si merces* 25. *§. vis major* 6. *ff. h. t.* Quod si non aversione, sed in pedes mensurasve, opus locatum sit, periculum a casu fortuito atque insolito descendens, eatenus locatoris est, quatenus opus ei per redemtorem jam admensum fuit, vel eius saltem conditionis erat, ut admensurari pro parte potuerit ac debuerit, sed per locatorem stetit, quo minus pars operis admensa atque approbata sit, *d. l. opus, quod* 36. *ff. h. t.* cum placuerit, etiam imperfectum opus hoc casu oportere metiri, *l. qui insulam* 30. *§. qui ædem* 3. *ff. h. t.* In reliquis periculum operis, in pedes mensurasve locati, ad locatorem quandoque spectat, quandoque ad conductorem, secundum easdem distinctiones, quæ supra in opere per aversionem locato probatæ sunt, arg. *d. l.* 36. *ff. h. t.* Plane, si locator semel opus approbaverit, sive adversione sive in pedes mensurasve locatum, periculum omne mox ad locatorem probantem incipit pertinere, etiamsi postea ex operis ipsius vitio & culpa redemtoris collabatur, cum sibi suæque in probando facilitati id damnum imputare debeat: eodem modo, quo & is, qui fidejussorem facultatibus minus ido-

neum admisit tanquam opulentum, atque ita probavit, eundem postea reprobare nequit, aut, causata inopia ejus, alium ipsius loco surrogandum desiderare, *l. qui satisdare* 3. *in fine ff. de fidejussor. & mandator. l. si is, a quo* 3. §. *ult. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse liceat.* Nisi dolo redemtoris locator ad operis vitiosi probationem inductus sit, arg. *l. si in lege* 24. *in fine principii ff. h. t.* Opere autem perfecto, at necdum probato, locatorem totis quindecim annis de operis jam perfecti vitio queri posse, est in *l. omnes, quibus* 8. *C. de operibus public.* quam constitutionem, ut generalius conceptam, de opere necdum probato accipi oportere, convenienter generalibus juris anterioris fundamentis, recte traditum ab Ant. Matthæo *de auct. lib. 2. cap.* 10. *num.* 18. Generaliter interim circa hanc operis locationem observandum est, si plures simul opus idem faciendum conduxerint, illudque suo vitio collabatur, singulos non in solidum, sed pro sua tantum portione conveniendos esse, nisi sese singuli in solidum obligassent ad operis perfectionem, arg. *l. reos promittendi* 11. §. 2. *ff. de duobus reis constituendis*; licet enim operis ipsius obligatio individua sit, quatenus unusquisque redemtorum non satisfaciat locatori partem operis præstando, nec operis effectus in partes scindi potest, *l. in executione* 85. §. *secunda* 2. *ff. de verb. oblig. l. fideicommissa* 11. §. *si in opere* 25. & 24. *ff. de legatis* 3. ipsa tamen pœnæ vel ejus quod interest præstatio in casum operis non perfecti, inter plures divisionem patitur partisque solutionem, *l. stipulationes* 72. *ff. de verb. obligat.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap.* 10. *num.* 19. Wissenbach *ad Pand. vol. 2. disp.* 41. *num.* 17.

38. Absolvendum opus redemtum intra tempus illud, quod locationi adjectum est, nisi tam angustum temporis spatium inveniatur appositum, ut per naturam possibile non sit, tantæ molis opus spatio tam exiguo ad finem perduci; quippe quo casu magis ob impossibilem repromissionem tota obligatio nulla foret, arg. *l. insulam* 58. §. *in operis* 1. *ff. h. t. l. arbitraria* 2. §. *quia ita stipulatur* 6. *ff. de eo quod certo loco* §. *loca* 5. *inst. de verb. obligat. l. non solum* 31. *ff. de obligat. & act. l. impossibilium* 185. *ff. de reg. juris.* Si tempus nullum adjectum sit, tantum tempus operi perficiendo tacite inesse intelligitur, quantum viri boni arbitratu sufficit, adeo ut nec ante agi ex ea causa possit ad id quod interest, aut pœnam promissam, quam ubi tempus præterierit, quo commode potuisset opus finiri, *l. si ita stipulatus* 14. *l.* 15. *l. interdum* 73. *l. existimo* 98. §. *ex hac stipulatione* 1. *ff. de verb. oblig. l. insulam* 58. §. *in operis* 1. *ff. h. t.* nec ante opus idem rursus alteri relocari, cum pactum appositum esset, *ut si ad diem effectum non esset relocare id liceret*, quam si dies efficiendi præteriisset, *l. item quæritur* 13. §. *si lege* 10. *ff. h. t.*

39. Sed & tali in loco opus faciendum, in quo ut fieret convenit; sic ut nihil agat promissor alio in loco illud perficiens, ac in nihilum liberetur; in quo dandi promissio a faciendi promissione distincta est, *l. arbitraria* 2. §. *idem Iulianus* 7. *ff. de eo quod certo loco.* Adde *tit. de eo quod cert. loco num.* 8. Si de loco operis faciendi nihil expressum sit, & ex indiciis & conjecturis colligi nequeat, quem operi efficiendo locum contrahentes respexerint, magis est, ut conventio talis in universum nullius momenti intelligatur, *d. l. arbitraria* 2. §. *si quis insulam* 5. *ff. de eo quod certo loco, l. ita stipulatus sum* 115. *ff. de verb. oblig.*

40. Denique circa mercedis solutionem pro opere servandum id, quod inter contrahentes actum est; cujus conventionis speciem de moribus exhibet Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap.* 10. *n.* 12. Alioquin operis quidem aversione locati merces non nisi post opus perfectum præstanda videtur; cum nemo regulariter jure desideret ab alio implementum contractus, nisi prius ipse ex suo latere præstiterit ea, ad quæ ex conventione obstrictus est, ut latius dictum *tit. de act. emt. n. ult.* Eoque facit illud Festi, redemtores describentis, *quod proprie atque antiqua consuetudine dicerentur, qui, cum quid publice faciendum aut præbendum conduxerant, effeceramque, tum demum pecunias accipiebant.* At si in pedes mensurasve locatum opus sit, quatenus admensum est, vel per locatorem stetit, quo minus admensuretur, solutio mercedis facienda est, cum & ipsa operis impletio ex tali conventione in partes divisa sit. Quod autem a Matthia Colero, *decis.* 201. *n.* 4. & *seqq.* aliisque ab eo citatis traditum, nullam penitus artifici mercedem præstandam esse, qui, cum opus certa forma faciendum redemisset, non ex præscripto id adimplevit, sic ut aliquid notabile supersit adimplendum, aut immutandum; ita demùm admittendum videtur, si opus illud ita, uti factum est, nullam locatori utilitatem usumve præstare possit, vel opus tale non ex præscripto factum sit, quod sine sui læsione locator penes redemtorem relinquere posset. Nam si cum artifice id egerim, ut is in mea area insulam suis impensis faciat, iniquum foret eum ob formam in nonnullis neglectam & tota materia & manupretio in universum spoliari; sed potius diminuta mercede pro rata minoris usus aut bonitatis operis, ac quatenus interest locatoris, opus ex lege perfectum non esse, in reliquum condemnari me, æquum est, ne cum alterius jactura locupletior evadam; eo modo, quo & emtor pretium, sed diminutum præstat, quoties non ea præstatur vel quantitas vel qualitas ac bonitas emtæ rei, quæ dicebatur subesse; secundum ea quæ *tit. de contrah. emt. num.* 6. & *seqq.* dicta sunt. Quamvis enim *opere locato* significetur opus perfectum, *l. rei appellatio* 5. §. 1. *ff. de verb. signif.* atque adeo necdum perfecto opere videri possit nulla conducti actio redemtori nata; tamen extra id, quod actum est, obligationem ex æquo nasci, novum non est, etiamsi impleta non sit conditio illa, ex qua solutio aut restitutio rei suspensa erat, arg. *l. si quis affirmavit* 9. §. *Labeo* 3. *ff. de dolo, l. si, qui commodatum* 13. *in fine ff. commodati.* Opere autem perfecto liberum redemtori est, sibi consulere operis retentione, donec merces promissa soluta fuerit; de quo vide *t. de compensation. num. pen. & ult.* nisi forte opus publicum fuerit, cujus retentionem pro mercede negat redemtori, Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap.* 10. *num.* 21. Wissenbach *ad Pand. vol. 2. disput.* 41. *n.* 17.

41. Porro de contractibus inter magistrum navis & exercitores, ut & inter magistrum navis ac socios nauticos; denique inter magistrum navis & mercatores mercium transvehendarum intuitu, vide Hugonem Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap.*

20. *ibique margin. addita Placita Caroli V. & Philippi Hisp. Regis*, & de locatione inter magistrum navium piscatoriarum, praecipue halecum causa paratarum, & socios nauticos eorum muniis, officiis, mercedibus, varia occurrunt edicta *vol.* 1. *placitor. Holl. pag.* 695. *& seqq. ad pag.* 706.

TITULUS III.

De Æstimatoria.

SUMMARIA.

1. *Quid sit contractus aestimatorius? quae actio inde detur, & ad quid? An ei locus, si merces intervenerit?*
2. *Quid juris, si pluris vel minoris sit rei vendita, quam per dantem aestimata fuerat? Qualem culpam praestet qui rem vendendam recepit, distinctione explicatur.*
3. *Quid obtineat, si res alteri data sit pretii explorandi gratia, vel* inspiciendi *causa?*

1. CONtractus aestimatorius est innominatus, bonae fidei, quo res alteri aestimata vendenda traditur, ea lege ut vel pretium, vel ipsa res incorrupta restituatur. Et quamvis magnam cum aliis nominatis contractibus affinitatem habeat, in quantum propter aestimationem venditio, propter operam in venditione navandam locatio vel mandatum videri potest, *l.* 1. *ff. h. t.* tamen quia ab his omnibus in nonnullis diversus est, melius visum fuit, hoc negotium innominatis accenseri contractibus, indeque civilem aestimatoriam praescriptis verbis, & quidem bonae fidei, actionem dari, *d. l.* 1. quae tendit ad ea, quae in definitione contractus hujus expressa sunt: atque etiam utiliter locum habet, licet merces intervenerit, dum in dubio non tam mercedis, quam aestimationis famae ratio habetur, *l.* 2. *ff. h. t.*

2. Quod si is, qui rem certo pretio vendendam receperat, minoris distraxerit, integrum nihilominus domino pretium praestare debet: sin pluris, illud quod excedit aestimationem factam, non sibi servat, sed domino restituit, si non aliud actum sit; *l. si tibi rem* 13. *ff. de praescriptis verbis*, *l. si margarita* 44. *ff. pro socio*. Ipsius autem rei vendendae datae periculum ad dantem pertinet, si is rogaverit accipientem, dum forte nummis ipse indigebat, *l. si gratuitam* 17. *§. si margarita* 1. *ff. de praescriptis verbis*, Paulus *recept. sent. lib.* 2. *t.* 4. *in fine*, sin accipiens danrem, dum forte pretium ex venditione redactum accepturus erat ex causa mutui, cum prius mutuum ipse rogasset, nec alias dominus rem illam habuisset venalem, periculum magis ad accipientem pertinet, quasi ejus gratia, qui rogavit, contractus hic intervenisse intelligatur, *d. l.* 17. *§.* 1. *ff. de praescript. verbis*, *l. rogasti* 11. *ff. de reb. credit.*, *l. qui negotia* 34. *in pr. vers. his argumentum ff. mandati*, Paulus *d. lib.* 2. *tit.* 4. *in fine*, sin neuter, & tamen mutuo consensu res vendenda data sit, ea quidem dantis periculo est, sed accipiens dolum latam ac levem in ea culpam praestat, *d. l.* 17. *§.* 1. *ff. de praescript. verbis*. Qualis culpa levis etiam solummodo praestanda est, si accipiens dantem quidem rogaverit, sed res talis accipienti vendenda data sit, quam dominus etiam non rogatus habebat venalem, arg. *d. l. rogasti* 11. *ff. de reb. creditis*, in qua lege verba, *si sine culpa tua perdiderit*, denotant culpam levem; cum culpa simpliciter posita plerumque culpam levem denotet, veluti in *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, *l. si, ut certo* 5. *§. nunc* 2. *ff. commodati*. Uti &, si appareat, animo societatis inter dantem & accipientem ineundae rem vendendam datam esse, arg. *l. si margarita* 44. *ff. pro socio*, junct. *§. ult. Instit. de societate*. Et secundum hanc distinctionem limitanda verba generaliora de periculo occurrentia in *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* quaeque inde petita inveniuntur apud Grotium *manud. ad Jurispr. Holl. libr.* 3. *cap.* 19. *n.* 8.

3. Potest & res alteri dari, non vendendi, sed pretii explorandi gratia, *l.* 1. *§. ult. ff. de praescriptis verbis*. Potest quoque *inspicienda* dari, quo casu is, qui inspiciendam accepit, culpam praestare debet secundum distinctiones paulo ante de aestimatorio contractu propositas, *l. si gratuitam* 17. *§. Papinianus* 2. *l. duo secundum* 23. *ff. de praescriptis verbis.*

TITULUS IV.

De Rerum permutatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit permutatio? An & pecunia numerata recipiat permutationem cum alio corpore, & ita ut corpus considerari possit? Dum datur pecunia ut Stichus detur, ad explicationem* l. ult. ff. de condict. causa data.
2. *An & res aliena recipiat permutationem? Cur res aliena vendi possit, at non permutari? Quis sit effectus, si quis rem alienam dederit, ut vicissim rem reciperet? & quid, si is, qui acceperat rem non propriam dantis, vicissim dederit rem suam, aut vice versa?*
3. *Qualis actio detur ex permutatione, & ad quid tendat? An moribus poenitentiae locus sit in contractu permutationis & similibus? An conventio de dando ut vicissim detur hodie obliget? In quibus differat permutatio ab emtione?*

1. PErmutatio est contractus innominatus, bonae fidei, quo res propria datur, ut vicissim alter rem propriam det; adeoque contractus innominatus *do ut des*, *l.* 1. *ff. h. t. l. naturalis* 5. *§. & si quidem* 1. *ff. de praescriptis verbis*, sive corporis cum corpore, sive quantitatis seu rei fungibilis cum corpore, sive quantitatis cum quantitate alterius vel ejusdem generis sed diversae bonitatis, permutatio fiat, arg. *l. pen. C. h. t. l. naturalis* 5. *§. & si quidem* 1. *ff. de praescript. verbis*, nam & ipsam numeratam pecuniam recipere permutationem, neque a jure nostro, neque a ratione naturali, neque ab hodierno usu alienum est. Primo enim nummos majoris pretii cum iis, qui minoris valent, magisque rerum minutarum commerciis inserviunt, aureos quoque cum argenteis, commutari quotidianum, & Judaeis nostris pariter ac Christianis usitatum est, & fuit olim. Sed & secundo etiam numeratam pecuniam cum alio corpore permutationem recipere, quoties non tanquam pecunia numerata, sed tanquam corpus datur, intelligi potest ex *l. ult. ff. de condict. caus. data causa non secuta*, in qua cum facti species talis esset proposita, *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*, & quaerere-

tur, utrum id genus contractus pro portione emtionis & venditionis esset, an potius hic nulla alia esset obligatio, quam *ob rem dati re non secuta*; Jurisconsultus ait, in posterius illud *se procliviorem esse*: unde & condictionem pecuniæ datæ concedit, si Stichus mortuus sit, antequam daretur, vel alienus appareat. Et hoc ipsum suadent aperte satis verba ipsa conventionis in *d. l. ult.* propositæ. Quæ enim, obsecro, manifestior esse poterat formula contractus innominati, *do ut des*, quam hæc: *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares?* Datio sane pecuniæ contractus hujus initium facit; datio quoque Stichi vicissim contractus hujus finis est. Cum ex adverso non a datione sed consensu & conventione initium emtionis sit; adeo ut, quicquid in emtione datur post consensum super re & pretio, perfecta jam emtione detur, solvaturque quasi debitum, nec actione emti intentatur ut res detur, sed magis, *ut tradatur l. ex emto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. de act. emti*, sic ut venditor necesse non habeat rem venditam emtoris facere: *l. si ita distrahatur* 25. *§.* 1. *ff. de contrab. emt.* sed satisfaciat vacuam tradendo possessionem, *l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. *pr. & §.* 1. *ff. de act. emt.* quo ipso, si venditor dominus sit, emtorem quoque dominum efficit; si non sit, emtori tantum jus usucapiendi, & de evictione actio competit, si res emta ante usucapionem evicta sit, *d. l.* 11. *§.* 2. *ff. de act. emti*; *l.* 1. *pr. ff. b. t.* Nummum quidem Victoriatum, & peregrinam in genere pecuniam, mercis loco fuisse habitam, ac vendi solitam, ex Volusio Mæciano, Plinio Constantino in *l.* 1. *C. de veteris numismatis potestate*, aliisque docet Brissonius *antiquit. lib.* 1. *cap.* 8. sed vix est ut de pecunia tali peregrina Celsi verba, in *d. l. ult. de condict. caus. data*, accipi possint; cum tunc non tanta subfuisset dubitandi atque hæsitandi ratio ut Jurisconsultus etiam dubitanter respondisset, *in id se procliviorem esse*, ut contractus innominatus sit; dum certum utique atque expeditum est, reprobos nummos, quales & peregrini, nec pretium posse constituere, nec solutos liberare pecuniæ debitorem, *l. eleganter* 24. *§. qui reprobos* 1. *ff. de pignorat. act. l. creditor oblatam* 102. *de solution.* Ut proinde rectius *pecuniam* in *d. l. ult.* propositam sic de nummis pecuniam numeratam constituentibus, sed per contrahentes consideratis, tanquam corporibus, interpretemus; maxime, cum tot aliis in casibus ac legibus pecuniam numeratam ex voluntate domini tanquam corpus considerari in aperto sit; usque adeo, ut, si testator pecuniam tanquam certum corpus legaverit, in legato tali non illæ juris definitiones, quæ de quantitatibus, sed quæ de corporibus atque ipsis etiam fundis legatis probatæ sunt, admitti debeant, *l. talis scriptura* 30. *§. item si legetur* 6. *l. plane, ubi* 34. *§. sed hoc ita* 4. *l. si servus legatus* 108. *§. qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. junct. *l. si is, cui* 94. *§.* 1. *ff. de solution.* Nec hisce ita expositis adversatur tantopere Paulus Jurisc. in *l. naturalis meus* 5. *§. & si quidem* 1. *ff. de præscript. verbis*, cum ait: *si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio & venditio est; sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet rerum permutationem emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem.* Etenim, cum in hac lege duæ distinctæ proponantur conventiones, in quarum una dicitur data *pecunia*, in altera *res*, non potuit Paulus aliud in pecunia spectare, quam quantitatem, rei seu corpori oppositam; cui consequens erat, ut optimo jure responderet, emtionem esse, habentem consensum rem & pretium, consistens in pecunia numerata, non ut corpus illic considerata. At in *d. l. ult. ff. de condict. caus. data* nulla talis invenitur duorum distinctorum casuum, aut rei & pecuniæ, oppositio: cumque pecunia *data* esset ut Stichus *daretur*, Celsus animadvertens, *dare* proprie pertinere ad dominii translationem, adeoque vocabulum esse, quod permutationi magis quam emtioni respondet, *l. dedisse* 76. *ff. de verb. signif. l. ubi autem* 75. *§. ult. ff. de verbor. oblig.* pecuniam autem vel ut corpus vel ut quantitatem posse considerari, ut ante probatum; *in id procliviorem se esse* dixit, innominatis contractibus istam facti speciem adscribendam esse.

2. Permutari possunt regulariter res omnes, quæ recipiunt venditionem; eo excepto, quod res aliena vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. de contrab. emt.* non item permutari; eo quod in venditione persona quidem obligatur ex consensu ad rem tradendam, res vero ejus ipsa, quæ venditur, haud afficitur, neque traditio ejus ad contractus perfectionem necessaria est, sed tantum ad implementum spectat. At permutatio non nisi a *datione rei* initium habet; dare autem rem alienam cum effectu nemo potest, quippe plus juris in alium translaturus quam ipse habet, contra *l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. juris*, adeo ut permutatio hac in parte pignoris dationi magis, quam venditioni similis sit. Atque hinc eum, qui rem alienam dederit, ut vicissim ab accipiente rem aliam reciperet, nullam contrahere permutationem, Pedius ait *l.* 1. *§. ideoque* 3. *ff. b. t.* cui consequens erat, accipientem neque ad id, ut vicissim rem suam daret, neque ad id quod interest ei, qui rem alienam dederat, obligatum esse; sed tantum teneri, ut rem danti restituat, cui ad id competit condictio quasi re non secuta, *d. l.* 1. *§. ult. ff. b. t.* qui paragraphus ultimus cohæret penultimo, atque ita de eo, qui non suam sed alienam rem dedit, accipiendus est. Si tamen is, qui rem acceperat ex causa permutationis a non domino, quem dominum esse putabat, vicissim rem suam dederit, potest eam, quam accepit, usucapere, aut, eadem ante evicta, de evictione actione in factum experiri, *l.* 1. *§. unde si* 1. *ff. b. t. l.* 1. *C. b. t. l. si permutationis* 29. *C. de eviction.* arg. *l. sequitur* 4. *§. sed & si* 17. *ff. de usurp. & usucap. l. sed & si* 7. *§. Sed & si* 5. *ff. de public. in rem act.* vel etiam condicere rem suam, quam vicissim dedit, antequam sine causa existentem penes eum, qui rem alienam dando nullam contraxerat permutationem, arg. *tit. ff. de condict. sine causa.* Quemadmodum ex adverso & is, qui rem suam dedit, si vicissim ab accipiente acceperit rem non accipientis propriam sed alienam, rem suam condicere posset vel ex capite pœnitentiæ, vel condictione causa data causa non secuta, *l. ult. ff. de condict. caus. non secuta*, in quantum implevisse non intelligitur dandi promissionem, qui rem alienam dat, *l. ubi autem* 75. *§. ult. ff. de verb. oblig.* junct. *l. si ita* 25. *§.* 1. *ff. de contrab. emt.*

3. Ex permutatione datur actio bonæ fidei præscriptis verbis, competens ei, qui suam rem dedit, adversus eum qui accepit, ad id, ut vicissim det quod promisit, vel præstet id quod interest, *l. naturalis meus* 5. *§. & si* 1. *ff. de præscript. verbis*, *§. actionum* 28. *Inst. de action.* Nec ignorari debet, nostris moribus con-

dictiones ex capite pœnitentiæ in contractibus innominatis a datione incipientibus reprobatas esse, ut dictum *tit. de condict. caus. dat. causa non secuta num.* 5. Quin & ex conventione de re danda, ut vicissim res alia detur, efficacem dari actionem, etsi necdum ex alterutro latere traditio intercesserit, dum ex nudis etiam pactis actiones hodie nasci constat. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 13. *n.* 7. *in fine.* De cætero differre in multis emtionem a permutatione, docet Paulus in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* & plenius exponit Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 2. *Instit. de emtione vendit. n.* 2.

TITULUS V.

De Præscriptis Verbis & in factum actionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sint contractus innominati? quotuplices sint? Cur nomine speciali careant?*
2. *Contractus innominati omnes re constant. An admittant pœnitentiam jure civili ac moribus?*
3. *De actione præscriptis verbis ex contractibus innominatis. Ea subsidiaria est, cum aliæ deficiunt. Recensentur tamen plures casus, quibus hæc cum aliis actionibus concurrit. Explicatur ratio unde natus sit ille concursus?*
4. *In subsidium facilius ad actionem præscriptis verbis, quam ad actionem doli confugiendum. An ex contractu, facio ut des, danda sit doli actio, an magis præscriptis verbis?*
5. *An actio præscriptis verbis confundi debeat cum actionibus in factum?*

1. PRæmissis duabus nobilioribus contractuum innominatorum speciebus, restat ut generalius, sed paucis, de contractibus innominatis dispiciamus quales in universum sunt, qui certum quidem ac speciale nomen a jure civili non habent impositum, sed tamen obligandi causam in se continent, puta dationem aut factum. Confer Vinnium *tract. de pactis cap.* 8. *n.* 8. *& mult. seqq.* ac vulgo quatuor enumerantur; do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio ut facias, *l. naturalis* 5. *pr. & §§. seqq. ff. h. t.* ex quibus tamen plures alii possunt exsurgere, veluti, *do ut des & facias, facio ut des & facias, do & facio ut des, do & facio ut facias, do & facio ut des & facias*, uti &, *do ne des, do ne facias, facio ne des, facio ne facias &c.* Scilicet, cum natura ita comparatum esset, ut plura essent negotia quam vocabula, *l. natura ff. h. t.* res plures quam verba; necesse fuit, ut ingens illa rerum copia nomine proprio destituta vel alienis commodatisque appellationibus notaretur, secundum Senecam *de beneficiis lib.* 2. *cap.* 34. vel consisteret in nomine generis, quod posterius in hisce contractibus innominatis sit.

2. Omnes autem hi contractus innominati re constant, ad sui perfectionem desiderantes dationem aut factum; imo in iis, qui a datione initium habent, etiam post dationem ex uno latere interpositam pœnitentiæ locus est, quamdiu res est integra secundum jus Romanum; quæ tamen haud admissa in iis, qui a facto incipiunt, cum facta nequeant ex pœnitentia infecta reddi, veluti, cum Romam itum, vel domus extructa est; quamvis hodie & in iis, qui a datione inchoati, pœnitentia reprobata sit, ut dictum *tit. de condict. caus. data, & tit. praced.*

3. Nascitur ex his contractibus actio præscriptis verbis, aliter civilis, vel actio incerti ad interesse, appellata, generaliter & plenis verbis rem, uti gesta est, enarrans sine speciali nomine; quæ datur ei, qui quid dedit vel fecit, ad id, ut vicissim detur vel fiat quod promissum est, aut id quod interest, *l. naturalis* 5. §. 1. *& seqq. ff. h. t.* Ad quam confugere necesse fuit, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt, ac vulgaria atque usitata actionum nomina deficiunt, *l.* 2. *l.* 3. *ff. h. t.* Cui consequens est, subsidiariam hanc actionem esse, ac proinde regulariter ad eam haud deveniendum, quamdiu alia usitata ac vulgaria prodita in jure remedia seu actiones supersunt, *l.* 1. *pr. quoties* 21. *ff. h. t.* Cum interdicto tamen de precario hanc posse concurrere præscriptis verbis actionem, Julianus scribit, *l. duo in solidum* 19. §. *ult. ff. de precario*, uti cum actione ex vendito in casibus propositis in *l. si fundum* 2. *C. de pactis inter emt. & vend. l. si convenit.* 6. *ff. de rescind. vend. l. Labeo scribit.* 50. *ff. de contrah. emt.* sed & cum actione mandati & commodati, in casu *l. si, qui commodatum* 13. §. *ult. ff. commodati.* In his enim casibus cum dubitaretur, an emti actio posset habere locum etiam ad rescindendam venditionem, vel cum necdum extitisset conditio venditionis; an mandati aut commodati cum homine libero, cui quis tanquam servo suo mandaverat aut commodato dederat; & ob id olim præscriptis verbis actio daretur secundum Proculum, sectæ Principem, *l. si vir uxori* 12. *h. t.* tamen, cum postea placuisset, etiam utilem esse posse actionem ex emto ad rescindendam emtionem, *l. ex emto* 11. §. *qui virginem* 5. *&* 6. *ff. de act. emti*, conditionem fingi extitisse, quoties per emtorem stat, quo minus impleatur, *d. l.* 50. *ff. de contrah. emt.* ac deoque extra id quod cum homine libero tanquam servo nostro actum esset, tacitam nasci obligationem, *d. l.* 12. §. *ult. ff. commodati*, hinc factum est, ut cum actione præscriptis verbis olim in suprascriptis speciebus data, concurreret etiam emti, commodati, mandati actio, dato actori arbitrio, utra malit experiri. Eo modo, quo & cum actione locati, pignoratitia, commodati, depositi, concurrere potest condictio sine causa aliave huic simili actio stricti juris, *l. si fullo* 2. *ff. de condict. sine causa, l. si quis nec* 4. §. 1. *ff. de reb. credit.* Vinnius *tract. de pactis cap.* 11. *n.* 4. *& seqq.* Ne dicam, in illis quoque casibus, in quibus Jurisconsulti veteres alii denegabant ordinariam locati mandati aut similem actionem, posteriores Jurisconsultos (plerumque prudentet eam consilii & deliberationis partem sequentes, quæ securior erat) non quidem necessarium, sed tamen *tutius* judicasse, ad civilem ex præscriptis verbis recurri actionem, *l. si gratuitam* 17. *l. Titius Sempronio* 24. *ff. h. t.*

4. Magis tamen & facilius hæc ex præscriptis verbis, quam doli actio subsidiaria infamans datur. Unde si quis dederit servum Titio, ut is suum servum manu mittat, & secuta manumissione, servus Titio datus evictus sit, Titio contra dantem actio præscriptis verbis datur; sive sciverit dans, servum alienum esse, sive ignoraverit, *l. juris gentium* 7. §. *sed & si* 2. *ff. de pactis*, reprobata Juliani sententia, quæ narratur quidem a Paulo in *l. naturalis* 5. §. *at cum do* 2. *in fine ff. h. t.* at non probatur, ac in *d. l.* 7.

§. 2. per Mauricianum & Ulpianum, reprehenso Juliano, aperte rejicitur. Sed & ex contractu *facio ut des*, magis præscriptis verbis quam de dolo actio est, *l. si tibi polienda* 22 *ff. h. t.* §. 1. *Instit. de locatione l. cum mota* 6. *Cod. de transaction.* licet solam doli actionem inde dari oportere Paulus scribat, *d. l. naturalis* 5. *h. t. quod si faciam.* 3. *ff. h. t.* & Imperatores Diocletianus & Maximianus, *l. cum proponas* 4. *C. de dolo*, sic ut haud improbabile sit, hac quoque in specie dissensum fuisse veterum Jurisconsultorum: indeque est, quod & Ulpianus, cum dixisset *civilem actionem id est præscriptis verbis*, ex hoc contractu facio ut des *oriri posse*; mox tamen subjungit; *ni si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, l. solent* 15. *in fine ff. h. t.* Quomodo etiam Pomponius in casu, quo mihi permisisti ut sererem in fundo tuo, & fructus tollerem, nec postea pateris tollere, ait, *nullam juris civilis actionem esse: an in factum dari debeat, deliberari posse? sed esse de dolo, l. permisisti* 16. §. *permisisti* 1. *ff. h. t.* licet in hac facti specie sit contractus innominatus do ut des, in quantum ego tuum conferendo fundum, dominium seminis in te transfero, dum sata solum sequuntur, tu vicissim mihi fructus dare debes in tuo fundo natos & ita jure soli tuos, donec eos tua abstulero voluntate. Ergo, ut paucis finiam, prudentibus nostris insolitum non fuit, primo quidem tunc, cum dubium erat, an ordinaria actio dari posset, securitatis majoris gratia ad civilem præscriptis verbis actionem, velut tutius remedium descendere, ut supra adstructum satis: at cum hæsitabatur, an præscriptis verbis civilis actio locum haberet, tandem ad subsidiariam confugere doli actionem. Confer aliter sentientem Ant. Fabrum in *rational. ad d. l.* 5. §. Justum Mayerum *colleg. Argentorat. ad Pand. tit. de pactis n.* 87. 88. *& h. t. n.* 7. *circa fin.* Vinnium *select. quest. lib.* 1. *cap.* 46.

5. Ceterum omnis actio præscriptis verbis civilis quidem est, utpote non a prætore, sed jurisconsultis reperta; atque etiam in factum dicitur: at non omnis in factum actio protinus civilis est; cum & prætoriæ in factum sint, ut patet ex §. *ult. Instit. de lege Aquilia*, & sparsim in jure nostro, *l. sancimus* 21. *in med. Cod. de sacrosanct. eccles.* quas omnes ex sua sede propria huc transferre & longa serie recensere, consultum non est. Sed & insuper negotia pleraque, ex quibus actio præscriptis verbis nascitur, fere ad contractus innominatos referri vel in eos resolvi possunt; cum actiones in factum etiam aliunde dentur.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS I.

De Pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de pactis eorum.

SUMMARIA.

1. *Quot modis pignoris vocabulum accipiatur? nihil interesse inter pignus & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam; in ceteris interesse regulariter nemo cogi potest, ut pignus constituat. Quale pignus dare teneatur, qui se daturum promisit? Mortuo eo, qui promisit, re certam rem pignori daturum, unus ex pluribus heredibus, cui illa cessit, eam in totum obligare cogitur.*
2. *Divisio hypothecæ in generalem & specialem etiam ad prætorium & legale pignus pertinet. Quæ obligata intelligantur, si universitas rerum, ut grex, taberna, illata & invecta peculium, obligentur?*
3. *Re singulari obligata; quales rei istius fructus, & quando censeantur obligati? Ancilla obligata, an, & quando partus obligatus sit? an, servo, peculium servi?*
4. *De aliis rerum obligatarum accessionibus, alluvione, ususfructu ad proprietatem redeunte, insula ante fundum nata, eo quod ex re obligata factum est, nave fabricata ex sylva obligata, domo in aream aut hortum, fundo in vinetum converso. An domino pignorata exusta, iterumque restituta, impensæ prius deducendæ sint, antequam nova domus pignori sit? An possessor extraneus, qui novam domum imposuit areæ obligatæ liberari possit offerendo creditori pretium areæ, & sic rem retinere?*
5. *An id, quod in rei pignoratæ locum surrogatum est, pignoratis emta, & de pretio ex rebus pignoratis redacto.*
6. *Quæ res contineantur sub hypotheca generali? an & futura, & incorporalia, & merces in taberna, & servus ipse, qui res omnes domini obligavit & ipsa pecunia credita? An & necessaria supellex? an emphyteuticaria prædia? an feudalia jure veteri & hodierno?*
7. *An bona fideicommisso obnoxia; & quid de fructibus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendis? An bona heredis? & quid, si nominatim defunctus bona heredis obligaverit? An bona defuncti sub hypotheca generali per heredem constituta? An alienata ex consensu creditoris, si post redierint in debitoris potestatem?*
8. *Si quis obligaverit simpliciter bona sua sine nota universalitatis, an omnia intelligatur obligasse?*
9. *Quæ jure Romano solemnitates adhibendæ fuerint in pignore constituendo? Quæ nostris moribus quantum ad immobilia & navigia majora, & incorporalia immobilibus accenseri solita, si specialiter obliganda sint; & quid si feuda; an illa etiam apud ordinarium judicem obligari possint? Si subfeuda, an in curia primi domini directi, an vero subinfeudantis?*
10. *Quæ solemnitates requirantur in Hollandia ad generalem omnium bonorum hypothecam? An præcise coram judice loci, in quo contractus principalis celebratus est, constitui debeat? Non obligamur vi generalis hypothecæ bona in territorio Amstelodamensi sita, nisi coram judice Amstelodamensi constituta sint: nec bona extra Hol-*

landiam sita per hypothecam generalem in Hollandia constitutam.

11. *Solemnitas insinuationis apud acta publica & solutionis quadragesimæ non necessaria in hypotheca legali; nec in obligationibus in gratiam pupillorum contractis* od Veeskamers recht; *nec si magister in peregrinis locis carinam navis obliget. Si res immobiles tempore traditionis solemnis obligentur pro pretio residuo, non solvenda quadragesima. In reliquis si desint solemnitates, nulla prælatio in Hollandia tribuitur, licet instrumento publico coram tabellione & testibus obligentur bona debitoris. An teneatur actuarius, si quæ solemnia dolo aut culpa ejus prætermissa sint, vel rem liberam asseruerit, quæ erat obligata?*

12. *Si mobilia traditione creditori obligentur, insinuatio apud acta aut quadragesimæ solutio non requiritur. An pro traditione sit constitutum possessorium, quo debitor constituit, se nomine creditoris velle rem possidere? Sine traditione mobilia non obligantur solo instrumento publico coram tabellione & testibus; sed demum, si quadragesima debiti fisco illata sit; quo facto, hypotheca coram aliquo Hollandiæ judice constituta se extendit ad mobilia ubicumque, etiam extra Hollandiam sita, licet certo loco alligata ex patrisfamilias destinatione, & ad credita debitoris.*

13. *Immobilia specialiter obligata, & dein alienata oneroso vel lucrativo titulo transeunt cum onere pignoris. Quid juris, si solemniter sub hasta sint vendita, & creditor jus suum non indicaverit, tum rei tum pretii intuitu? Mobilia tradita creditori, si alienentur, aut creditor ea possidere desierit, pignoris jus evanescit; excepto uno casu in Rhenolandia.*

14. *Immobilia generaliter obligata ex conventione vel lege, quando ex jure hodierno transeant in alium cum onere, quando sine onere, per distinctiones explicatur. Adnotatur jus singulare Amstelodamensium; & jus Ultrajectinum hac in parte. Quid juris, si mobilia generali hypotheca devincta alienata sint per debitorem?*

15. *Quid sit effectus hypothecæ generalis & specialis quantum ad jus prælationis? An specialem ac generalem habens, necdum excussis specialiter obligatis excutere possit ea, quæ generaliter ipsi obligata sunt? & quid, si generalis tantum subsidiaria sit?*

16. *Quid hodie hac in parte obtineat in Hollandia? quid Amstelodami, & Ultrajecti?*

17. *Si debitor nomen debitoris obligaverit, creditor, cui illud obligatum, agere potest contra debitoris debitorem etiam sine cessione actionis. Et qua tunc agat actione?*

18. *Hypotheca requirit principale debitum. An pignus constitui possit ei, qui tantum adjectus est solutioni? Pro quali debito naturali pignus recte constituatur? An pro debito, quod exceptione jurisjurandi vel rei judicatæ elidi potest? An pro debito alieno? an & pro usuris aut pœna conventionali? in dubio pignus tantum in sortem; non item in usuras obligatum creditur.*

19. *Recensentur casus, quibus pignus valet, licet principalis obligatio nulla sit; &, quibus durat, actione personali tam extincta.*

20. *An pro debito in diem vel conditionali, vel debito plane incerto pignus recte constituatur? & quid hodie agendum, si pro debito futuro incerto pignus obligandum sit?*

21. *Recensentur plura pacta, quæ recte pignori apponuntur.*

22. *An valeat pactum*, ne creditori *vel* ne debitori *liceat pignus vendere? Et quale jus singulare sit in pacto, ne debitori liceat pignus vendere?*

23. *De pacto antichreseos. Illud non expressum tantum, sed et tacitum esse; aliquando etiam subsidiarium tantum in casum moræ conceptum.*

24. *An Antichresis legitimum excedere possit usurarum modum?*

25. *Lex commissoria in pignoribus improbata est tum inter debitorem et creditorem, tum inter debitorem et fidejussorem ejus; sive ab initio sive ex post facto pactum interveniat.*

26. *De pacto*, ut sibi habeat creditor quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, *et, ut debito intra certum tempus non soluto*, debitor creditori pignus cedat.

27. *Qui possint hypothecæ obligare? remissive.*

1. PIgnus generalius acceptum, quandoque jus constitutum, quandoque rem ipsam obligatam, frequenter ipsam conventionem, qua jus illud inducitur, designat: quamvis verum sit, non ex conventione tantum, sed & a lege, vel prætore, vel judice, vel testatore constitui pignoris jus. Conventionale sensu latiore pignus in specie & hypotheca complectitur, adeo ut inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differat, & ex utroque actio hypothecaria nascatur, *l. pr. ff. de pignorat. act. l. hypotheca* 5. §. *inter* 1. *ff. h. t.* §. *item Serviana* 7. *in med. Inst. de action.* licet pignus in specie ab hypotheca diversum sit, quatenus pignus est contractus bonæ fidei, re constans, quo possessio in creditorem transit, &c. at hypotheca est pactum prætorium, arbitrarium, quo creditori jus in re constituitur in securitatem crediti, non translata in creditorem possessione, *l. si tibi decem* 17. §. *de pignore* 2. *ff. de pactis*, *l. si rem* 9. §. *proprie* 2. *ff. de pignorat. act.* Ad quam constituendam regulariter debitor invitus compelli nequit, nisi id nominatim promiserit, *l. qui autem* 14. §. *si quis* 1. *ff. de constitut. pecun.* vel lex aut judex justis ex causis jubeat cautionem interponi; quo casu necesse foret, ut obligaret rem, quam arbitrio judicis pro debiti magnitudine sufficientem probat, arg. *l. si vero* 5. §. 1. *l. arbitrio* 9. *ff. qui satisdare cog.* Henr. Kinschot *de rescriptis gratiæ tract.* 4. *de induciis solution. cap.* 5. nisi de re certa ac jam designata obligata convenerit; eo enim facto, debitorem istius rei oppignoratione defungi posse, ac abunde videri cavisse creditori, sic volenti atque consentienti, verius est, arg. *l. si rem alienam* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* Quo defuncto, antequam impleret promissi fidem, si quidem res, de qua obliganda actum fuerat, uni heredum ex divisione in solidum quæsita sit, ipse quoque solus in solidum ad eam pro debito hypothecæ obligandam adigi potest, adversus coheredes ceteros pro rata regressum habiturus, quoties non cum onere pignoris imponendi res ei adjudicata est; tum quia ipse solus rei in solidum obligandæ potestatem habet, arg. *l. sed mihi* 3.

§. *beres* 5. *ff. commodati*, tum quia pignoris causa individua est, nec ex persona heredum conditio obligationis individua immutari potest, *l. stipulationum* 2. §. *ex his igitur* 2. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. heredes ejus* 25. §. *contra* 10. *ff. famil. erciscundæ* Jac. Coren. *observ.* 8. Quomodo & unum ex heredibus ad servitutem a defuncto promissam imponendam constringi posse, probavi *t. de servitutib. num. ult.*

2. Dividitur hypotheca in specialem & generalem; quæ divisio non tantum in conventionali, sed & in legali ac prætorio usum habet. Cum enim prætor damni infecti nomine in rei vitiosæ possessionem mittit, speciale pignus prætorium misso quæritur; generale vero, si rei servandæ aut legatorum nomine missio facta sit. Sed & cum lex credenti in refectionem ædificii pignus legale indulget, ædificium haud egreditur, atque ita speciale est. Contra in bonis omnibus tutorum pupilli, in bonis administratorum fiscus, generalem hypothecam habet. Specialis est, qua res singulares, vel etiam certæ rerum universitates, puta gregis aut tabernæ, sunt obligatæ. Ac generaliter observandum, non ipsas tantum res pignoris constitutione expressas, sed & earum accessiones obligatas intelligi: ut tamen alia sint accessoria, cum universitates rerum, quam cum res singulares hypothecæ subjectæ sunt. Etenim grege obligato, etiam quæ postea nascuntur ex eo grege oves, tenentur; usque adeo, ut, si decedentibus omnibus prioribus gregis capitibus grex totus fuerit renovatus, nihilominus devinctus maneat, cum adhuc idem grex intelligatur, *l. grege* 13. *pr. ff. h. t.* arg. *l. proponebatur* 76. *ff. de judiciis. l. grege legato* 21. *l.* 22. *ff. de legatis* 1. Taberna obligata, si dominus tabernæ merces inde per tempora distraxerit, & alias comparaverit, omnia, quæ postea in ea taberna deprehenduntur, pignori esse credantur, *l. cum tabernam* 34. *pr. ff. h. t.* Illatis invectisque pro pensione obligatis sive ex tacita conventione in urbanis, sive ex expressa in rusticis, non ea tantum continentur, quæ ab initio invecta illata sunt, sed & quæ postea omni tempore locationis, exemplo fructuum in prædio rustico post nasciturorum, de quibus latius *tit.* 2. Denique etiam peculio obligato (quod fieri posse patet ex *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* comprehenduntur omnia, quæ post peculium obligatum ei adjecta sunt; tum quia in actionem de peculio veniunt omnia quæ rei judicatæ tempore in eo sunt, *l. quæsitum est* 30. *pr. ff. de peculio*, *l. Fulcinius* 7. §. *si quis actione* 15. *ff. quibus ex causis in possess. eatur*, tum quia sub obligatione *bonorum* futura quoque continentur, *l. ult. C. quæ res pign. dari poss.* peculium autem pusillum patrimonium, adeoque universitas quædam bonorum est. Tum denique, quia peculio legato ea omnia censentur legata, quæ post testamentum usque ad mortem domini peculio accesserunt, §. *si peculium* 20. *Instit. de legatis*, *l. denique Pegasus* 8. §. *ult. ff. de peculio legato*, at plura sub pignore, quam sub legato, contineri, in sequentibus, *num.* 9. dicetur.

3. In rebus singularibus pignori obligatis ita jus est, ut & fructus inde nati in consequentiam obligati sint, licet id expresse actum non sit, *l. quamvis fructus* 3. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Non tamen eodem modo. Si enim post litem demum contestatam percepti fuerint, omni modo tenentur creditori pro debiti securitate, quoties minoris valet res ipsa, quam debitum est, *l. si fundus* 16. §. *interdum* 4. *ff. h. t.* Sin ante percepti, non aliter in causa pignoris sunt, quam si adhuc extent, & non sufficiat res principalis, *d. l.* 16. §. 4. *ff. h. t.* Nam si a tertio bonæ fidei emtore percepti atque consumti sint, uti eos ille domino restituere non cogitur, ita nec creditori, cui nunquam fuerunt obligati, dum nunquam fuerunt debitoris facti, licet id nominatim actum sit, ut fructus quoque pignori essent, *l.* 1. §. *cum prædium* 2. *ff. h. t.* Porro, licet partus ancillæ in fructu non sit, §. *in pecudum* 37. *Instit. de rer. divis.* ancilla tamen pignori obligata, partus quoque postea editus in causa pignoris est, *l.* 1. *C. de partu pignoris*, *l. fidejussor* 26. §. *ult. ff. h. t.* si modo conceptus & editus sit apud debitorem aut heredem ejus, vel tantum conceptus apud debitorem, licet editus apud tertium, veluti emtorem *l. si convenerit* 18. §. *si fundus* 2. *ff. de pignorat. act. l.* 1. *ff. de interdicto Salviano*, eo quod tunc ex conceptione in bonis debitoris esse cœpit, uti nepos conceptus ante sui patris emancipationem avum sequitur, §. *pen. Instit. quib. mod. patria potestas solvitur.* Sed si conceptus & editus sit partus apud emtorem, pignori obligatus non est, quia nunquam debitoris in dominio fuit. Ac de eo casu accipienda, quæ a Paulo tradita in *l. Paulus ait* 29. §. 1. *ff. h. t.* in qua dum scribit, *quod tamen diximus etiam agnata teneri, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus: cæterorum si apud alium dominum pepererint; non erunt obligata*, in verbis finalibus subaudiri debet, *& conceperint*, ut sensus sit, ex mancipiis nata non fore in causa pignoris, si non apud eum, qui obligavit, sed *apud alium dominum conceperint ac pepererint*. Non enim dici potest dominium partus ad debitorem obligantem haud pervenisse, si apud eum ancilla conceperit, licet apud alium pariat; cum in utero existens viscerum maternorum pars sit, atque ita ancillæ dominus non possit non partus quoque in utero materno existentis dominus esse; quemadmodum partus ancillæ furtivus est, si modo apud furem conceptus sit, licet editus apud bonæ fidei possessorem, *l. qui vas argenteum* 48. §. *ancilla* 5. *ff. de furtis.* In quantum autem partus ancillæ obligatæ non nisi positis certis requisitis in causa pignoris est, in tantum recte idem Paulus *recept. sent. libr.* 2. *tit.* 5. §. 2. scripsit, *fœtum vel partum ejus rei, quæ pignori data est, pignoris jure non teneri, nisi hoc inter contrahentes convenerit*; scilicet non ita, ut ipsa ancilla; atque ita sibi contrarius non est. Neque his, quæ de partu obligato dicta, adversatur, quod mancipio obligato peculium obligatum non sit, nisi expresse id actum appareat, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* unde videri posset, longe minus partum debere censeri obligatum, dum magis peculium, quam quidem partus, mancipi accessio est, arg. §. *si quis ancillas* 17. *Instit. de legatis.* Sciendum enim, peculium ideo obligatum non intelligi quia neque naturaliter neque civiliter ex mancipio obligato nascitur aut provenit, nec unquam fuit obligatæ rei pars (uti quidem partus ancillæ & naturales prædiorum fructus) sed aliunde accedit, & res separata est. Nec dicam partum fœtum fructumque non ita vagam & incertam ac in infinitum augendam accessionem esse, atque quidem est peculium in immensum excrescere valens; proinde probabile non esse, cum,

qui rem certam tantum obligare constituit, de peculio sensisse, quod nullos quantitatis & incrementi sui terminos a natura vel lege habet.

4. Præter fructus partusque pignorum ea insuper, quæ rebus obligatis accesserunt, obligata censentur; veluti, si quid fundo oppignorato per alluvionem adjectum sit, aut proprietati, quæ pignori data erat, usufructus postea accreverit, *l. si convenerit* 18. §. *si nuda* 1. *ff. de pignorat. act. l. si fundus* 16. *pr. ff. h. t.* vel insula ante fundum pignoratum enata fuerit, utpote quæ, licet fructuario non cedat jure usufructus, *l. item si fundi* 9. §. *huic vicinus* 4. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* tamen quia jure accessionis proprietario acquiritur, & fundi obligati accessio est, §. *insula, quæ* 22. *Instit. de rer. divis.* æquum fuerit, ut & cum fundo pignoris jure censeatur, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 2. Id quoque, quod ex re pignorata factum est, si modo nova species in pristinam materiam reduci possit, quod evenit in scyphis ex argento vel auro obligato fabricatis; vel ad pristinam quidem materiam reduci nequeat, sed vel ab ipso materiæ domino, vel per alium sed domini nomine facta sit, sicut ipsi materiæ domino nova species acquisita fuerit, argumento eorum, quæ de specificatione traduntur in §. *quum ex aliena* 25. *Instit. de rer. divis. l. in omnibus* 24. *l.* 25. *ff. de acquir. rer. domin.* Ac proinde, quod a Paulo Jurisconsulto in *d. l.* 18. §. *si quis* 3. *ff. de pignorat. act.* traditum est, *sylva obligata* navem ex ea materia factam non esse pignori, nisi nominatim in pignore constituendo adjectum fuerit, ut & quæ ex sylva facta aut nata essent, pignori sint, ita demum admittenda existimo, si per extraneum ex sylva obligata navis facta sit, atque ita dominum navis extraneo quæsitum, convenienter legi *sed si meis* 26. *ff. de acquir. rer. domin.* Nam si ad dominum sylvæ navis quoque dominium pervenerit, nulla ratio est, cur non & navis in causa pignoris esset: ne alioquin in debitoris potestate esset, suo solo facto, formæ mutatione, id efficere, ne res amplius pignori sit. Sed &, quod ex re obligata superest, vel obligatæ rei per quandam formæ mutationem aut meliorationem accessit, pignori devinctum manet, veluti si ex domo obligata hortus factus sit, aut contra, si in loco hypothecæ dato vineæ sint positæ, *l. fundus* 16. §. *si res* 2. *ff. h. t.* vel si, exusta domo oppignorata, supersit area; usque adeo, ut & nova domus areæ eidem imposita destructæ loco, iterum incipiat obligata esse jure soli; quod evinctum remanserat, & cui ex jure gentium superficies seu inædificata cedunt: quo etiam casu ne impensæ quidem refundendæ forent, si debitor ipse collapsam exustamve domum instauraverit, quia creditor *idem in nova insula juris habet*, secundum Labeonem in *l. ult. ff. h. t.* Contra, quam obtineret, si a tertio bonæ fidei possessore domus exusta rursus restituta esset, quippe qui non aliter creditoribus ædificium restituere cogendus foret, quam si sumtus in extructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, receperit, *l. Paulus respondit* 29. §. *domus* 2. *ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *de pignori defin.* 19. Nam quod ab Africano scriptum est, in *l. cum postulassem* 44. §. 1. *ff. de damno infect.* emtori insulæ oppignoratæ impensas non esse reddendas, quas in insulæ refectionem erogavit, id eam rationem habet, quod sumtus tales in refectionem cum usu rei compensandi sunt, arg. *usufruct. & quemadm. quis utat. l. in rebus* 18. §. *possunt*, 2. *ff. commodati.* Nec audiendus videtur possessor bonæ fidei, qui areæ oppignoratæ domum imposuit, si creditori hypothecaria agenti offerat areæ pretium deducta melioratione; tum quia possessor pignoris hypothecaria conventus aut debitum integrum solvere tenetur, aut pignoris possessionem cedere creditori, alioquin tanti damnandus, quanti in litem juratum fuerit, *l. si fundus* 16. §. *in vin vindicatione* 3. *l. si inter* 21. §. *ult. ff. h. t.* tum quia leges possessori bonæ fidei tantum retentionem tribuunt rei possessæ, donec meliorationis impensæ restitutæ fuerint, quo proinde subsecuto restitutio rei facienda domino rei, vel ei, qui a domino causam habet, qualis est hic creditor hypothecarius, *l. Paulus* 29. §. *domus* 2. *ff. h. t.* §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. si in area* 33. *ff. de condict. indeb.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 6.

5. Non tamen jure pignoris devincta censeri debent ea, quæ in locum rerum singularium pignori obligatarum surrogata sunt; qua ratione, si quis prædia & mancipia, quæ in prædiis erant, obligaverit, ac mancipiis defuncti alia substituta essent, placuit substituta mancipia minime creditoribus obligata esse, nisi ex obligatis nata essent, *l. fidejussor* 26. §. *ult. ff. h. t.* Rem quoque ex nummis pignoratis emtam non ob id pignoris jure teneri, Ulpianus auctor est, *l. is demque est* 7. §. *si sibi, quæ* 1. *in fine ff. qui potiores in pr.* ac ab Alexandro Imp. rescriptum, *l. quamvis* 3. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Quemadmodum ex adverso nec pecunia redacta ex pignoris venditione creditori obligata intelligitur, quippe qui magis ipsius pignoris persecutionem adversus emtorem habet, *l.* 1. *ff. de distract. pign. & hypoth.* arg. *l. qui vas* §. *ult. ff. de furtis.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 16. *quæst.* 2. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 97. Nisi heres adita cum inventarii beneficio hereditate res creditoribus hereditariis oppignoratas vendiderit, ac ex pretio creditoris dimiserit debiliora jura habentes, *l. ult.* §. *sin vero* 5. *&* 6. *C. de jure deliberandi.* Aut nostris ex moribus pignus solemniter ex decreto judicis auctione publica distractum traditumque, & pretium creditoribus, non tanto prælationis jure munitis, sub cautione de restituendo solutum sit. Confer Sande *decis. Fris. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 27.

6. Generalis hypotheca est, sub qua jure novo continentur præsentia & futura, *l. ult. C. quæ res pignori dari*, sive conventionalis sive legalis hypotheca generalis sit, arg. *l. si quis prioris* 8. §. *in illo* 4. *vers. quæ habet habiturusve est C. de secundis nupt.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 13. *in med. & in fine.* Etsi enim leges magis liberationi quam obligationi inducendæ faveant, tamen ubi semel obligatio inducta est, jure conservationi ac securitati obligationis jam natæ student; id vero tum maxime fit, cum & futura in hypotheca generali inclusa sunt. Nec interest, mobilia sint, an immobilia, an incorporalia, *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig.* arg. *l. si legatur* 30. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell. l. Princeps bona* 21. *l. bonorum appellatio* 208. *ff. de verb. signif.* Sed & merces in taberna existentes comprehendi verius est, arg. *l. cum tabernam* 34. *ff. h. t.* quemadmodum etiam obligatus creditur ipse servus qui jubente domino res omnes domini creditoribus ejus hypothecæ supposuit, *l. Paulus respondit* 29. §. *ult. ff. h.*

t. atque ipsa quoque pecunia numerata, *l. pen.* §. *ult. ff. h. t.* sive debitori aliunde quæsita sit, sive eadem ipsa sint nummorum corpora, pro quibus mutuo acceptis hypotheca generalis constituta fuit; cum & hæc in bonis debitoris sint. Et quamvis jure Romano neque necessaria supellex, neque alia, quæ ad effectionem peculiarem aut ministerium necessarium pertinent, sub hypotheca generali comprehensa fuerint, *l. obligatione* 6. *l.* 7. 8. 9. *ff. h. t.* nostris tamen moribus nihil horum generali hypothecæ exemtum est. Groenewegen *ad l.* 6. & 7. *ff. h. t.* Adhæc hypotheca generali continentur prædia emphyteuticaria, arg. *l. tutor* 16. §. *ult. ff. de pign. act.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 18. Andr. Gayl *libr.* 3. *observ.* 25. *n.* 6. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 25. *defin.* 7. An & feudalia, non adeo expeditum est. Ea sub hypotheca generali non comprehendi, scriptis quidem feudorum consuetudinibus magis conveniens est, eo quod, uti alienatio, ita quoque obligatio feudalis prædii sine domini directi consensu nullum potuit effectum sortiri, *lib.* 2. *feudor. tit.* 8. §. *ult.* & *tit.* 55. *fere in pr.* ac ad hoc jus potissimum respiciunt, qui negantium partes sequuntur. Vide Vultejum *de feudis lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 54. Rittershusum *partit. feud. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 46. & *seqq.* Ceterum quia secundum Hollandiæ & vicinarum quarundam regionum mores feuda hereditaria (*converterfelijke erfleenen*) in plerisque redacta sunt ad instar allodialium; adeo ut etiam alienationes inter vivos & oppignorationes inconsulto domino directo recipiant, magis est, ut & sibi hypotheca generali ea ibidem contineri statuamus; præsertim cum & feuda talia judicati exsequendi causa in subsidium pignoris capi atque distrahi posse receptum sit, salvo domini directis jure. Instruct. Curiæ Holland. *art.* 180. Curiæ Ultraject. *tit.* 16. *van executie art.* 4. Confer Jacob. Coren *observ.* 32. *n.* 22. & *seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 71. Adde Petrum Bort *de feudis Holl. par.* 5. *tit.* 2. *cap.* 3. *quæst.* 5. *pag.* 113. & *seqq.*

7. Non tamen sub hypotheca generali comprehenduntur bona restitutioni obnoxia ex causa fideicommissi, quippe quæ existente fideicommissi conditione non fiduciarii propria, sed magis aliena esse intelliguntur, velut æs alienum ex patrimonio deducenda, *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid. l. ult.* §. *sed quia* 2. *C. commun. de legatis*, arg. *l. unum ex familia* 67. §. *si Falcidia* 1. *ff. de legatis* 2. *l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* Adde *tit. de usufructu num.* 19. licet fructus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendi per fiduciarium ex re fideicommissoria, in causa pignoris sint, atque ita etiam in creditorum generalem hypothecam habentium securitatem cedant, arg. *l. post Lucii Titii* 69. §. *prædium* 1. *ff. de legatis* 2. Sed nec bona heredis creditoribus, hypothecam generalem in defuncti bona ex conventione vel lege habentibus, jure pignoris devincta videri possunt, cum nunquam in debitoris defuncti bonis extiterint, *l. Paulus respondit*, 29. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *C. communia de legatis*, nisi defunctus nominatim heredis quoque bona in universum obligasset, arg. *l. si Titio* 22. *ff. h. t.* Bachovius *de pignoribus libr.* 1. *cap.* 7. *num.* 4. 5. Secus quam est in bonis defuncti, si bona heredis generaliter obligata sint: nam cum & futura sub hypotheca generali contineri dictum sit, & bona defuncti ad heredem jure successionis pervenerint, consequens est, ut creditoribus quoque vi generalis hypothecæ teneantur, Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 32. *defin.* 15. Denique nec ea, quæ consentiente creditore per debitorem alienata, postmodum in ejus redierunt dominium ac potestatem, *l. ult. C. de remiss. pignor.* quod tamen postremum hodie non obtinere, notat Groenewegen *ad d. l. ult.*

8. Quod si simpliciter *bona sua*, nulla addita universalitatis nota, debitor obligaverit, stricto quidem jure ac vi orationis indefinitæ affecta videri nequeunt omnia debitoris bona; cum in iis solis, quæ *necessaria* sunt, & aliter sese habere nequeunt, oratio indefinita æquipolleat universali; in reliquis quæ *contingentia* Philosophis appellantur, & esse vel non esse possunt, indefinita elocutio non easdem, quas universalis, vires & effectus habeat, sed particulari comparetur. Quia tamen actus agentium talem, quantum fieri potest, interpretationem recipiunt, ut magis valeant quam pereant, nec satis apte dici poterit, quæ bona singularia obligata intelligantur, si tantum quædam obligata statuerentur; ideo benigne placuit, omnia omnino sub indefinita *bonorum* denominatione comprehensa esse; uti id evidenter docent obligandi formulæ in *l. ult. Cod. quæ res pign. oblig. poss.* propositæ, quibus cum expressum esset, *fide & periculo rerum ad me pertinentium*, vel *per rerum mearum exactionem satisfieri tibi promitto*, generalem omnium præsentium ac futurorum hypothecam induci Justinianus constituit. Neque novum id in aliis quoque juris nostri partibus est, ut indefinita elocutio universalis effectum sortiatur, ne derisorium fiat, quod agitur; nam cum testator legasset oleum, vinum, frumentum, acetum, mella, salsarius adductæ de orationis indefinitæ vi in *contingentibus*, existimasset, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres legatario dare voluisset, quoniam adjectum non erat, quantum ex quaque re daretur; contra tamen Ofilius, Cascelius, Tubero, omne quantum paterfamilias reliquisset legatum putarunt; probavit id Labeo idque verum esse Javolenus ait, *l. quidam heredem* 7. *ff. de tritico, vino, vel oleo legato.* Atque ita etiam perinde habitum, utrum testator *bona sua* an *omnia sua* restituere jusserit, *l. nam quod* 14. §. *ult. l.* 15. *l.* 16. *l. si legatus* 30. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Adde *l. si servitus* 23. *ff. de servit. præd. urban.* Ant. Merendam *controv. lib.* 12. *cap.* 34. parentem p. mem. Paulum Voet *tract. de mobilibus et immobil. cap.* 2. *num.* 11. Hinc & Hollandiæ Curia judicatum, generalem intelligi hypothecam constitutam, si instrumento publico, continente annui reditus constitutionem ex fundo aliquo, contineretur inter alia, *dat den rentier soude mogen panden dene schatten van de voorschreven lanren, ende aan gereette ofte besse goederen van den debiteur, die't hem believen sal*; ut testatur Neostadius *Curiæ Holl. dec.* 36.

9. Modum quod attinet ac solemnitatem hypothecæ tum specialis tum generalis constituendæ, jure quidem Romano privata potuisse auctoritas fieri et tum mobilium tum immobilium obligationem, extra dubium est; ut tamen jure potior fuerit habitus creditor, licet tempore posterior, cui publico instrumento, vel privato quidem sed trium testium fide dignorum subscriptione munito, quam cui alia privata scriptura testium trium subscriptionem non habente, hypotheca constituta erat, *l. scripturas* 11. *Cod. qui pot. in pignore.* Sed secundum Hollandiæ ac vicinarum quarundam regionum mores non eadem immo-

bilium, quæ mobilium, ratio est. Immobilia quod spectat, in iis iterum inter generalem & specialem hypothecam diversitas est: hypothecæ namque speciali non aliter immobilia subjici possunt, quam interveniente solemniter scriptura coram lege loci illius, in quo sita sunt, soluta quadragesima parte debiti in cujus securitatem obligantur; aut si feudalia sint, coram curia feudali, *Edict. Caroli V. ann.* 1529. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 374. *Placit. Ord. Holl.* 11. *Dec.* 1660. *vol.* 2. *pag.* 2630. *seqq. et edictum de quadragesima ac vicesima art.* 12. *vol.* 1. *pag.* 1957. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 56. 57. Groenewegen *ad §.* 7. *Instit. ad act.* Rodenburg *de jure conjug. tract. prælim. de statutor. diversitate tit.* 2. *cap.* 5. *num.* 16. *in fin.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Inst. quib. mod. re contrah. obligation. num.* 9. Dummodo id observetur, ne omisso judice ordinario inferiore loci apud superioris acta obligatio immobilium celebretur; quippe quæ ipso jure nulla foret, Ant. Matthæus de *auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 80. Unde & si subfeudum oppignorandum sit, magis in Curia subinfeudantis, quam domini superioris id agi, apud nos obtinuit; licet alibi electio subinfeudato competat, utrum subinfeudantis an primi domini directi curiam feudi obligandi causa adire malit. Vide *d. placit. Ord. Holl.* 11. *Dec.* 1660. *volum.* 2. *pag.* 2630. & *seqq.* Abr. a Wesel *novell. constit. Ultrajectinas art.* 22. *n.* 13. & *seqq.* Quemadmodum etiam ex consensu domini directi rem feudalem coram ordinario judice loci, in quo sita est, obligari posse volunt; si ut potior sit, cui priori feudum sive in curia feudali, sive apud ordinarium judicem loci situs, solemniter devinctum est. Fredericus a Sande de *feudis Geldriæ tract.* 2. *tit.* 2. *cap.* 4. §. 2. *n.* 9. Ant. Matthæus *d. tract. de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 80. Imo novissime post hæc prima vice impressa Ultrajectinis placuit, non aliter recte pignori obligari bona feudalia vel emphyteuticaria, quam si & coram curia domini directi, & coram judice ordinario loci, in quo sita sunt, obligata vel actis publicis obligatio insinuata fuerit, *Ordon. mautie rakende de vettenissen ex hypotheequen* 18. *Jan.* 1700. *art.* 6. 7. Porro quod in immobilibus, idem & in incorporalibus, quæ immobilium jure censentur, hypothecæ vinculo afficiendis servandum est, puta si de jure decimarum aut censuum obligando agatur, *d. edicto Caroli V. ann.* 1529. aut de obligandis annuis reditibus vel nominibus in quorum securitatem res immobiles solemniter obligatæ sunt, Groenewegen ad *l.* 18. *ff. de pignorat. act.* & *ad Grotii manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 31. adde *edicta de* 20. *et* 40. aut denique navigia majora hypothecæ subjicienda sint, *edict. Ordinum Holl. de quadragesima navium* 10. *Mart. ann.* 1622. *art.* 2. *vol.* 1. *plac. pag.* 1978.

10. Generalis hypotheca immobilium intuitu omni prælationis effectu caret; si non coram aliquo Hollandiæ judice constituta & in scripturam solemniter relata fuerit, depensa itidem ærario publico quadragesima debiti parte, *Politike Ordonnantie ann.* 1580. *art.* 35. *placitum Ordin. Holl.* 5. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *placit. pag.* 1005. Neostadius *Cur. Holl. decis.* 28. 29. Quod enim a Simone van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 9. scriptum fuit, generalem hypothecam omnium bonorum non valide constitui moribus nostris, nisi coram magistratu aut judice ordinario loci illius, in quo contrahitur, probandum non est; cum id neque dictet ordinatio politica *ann.* 1580. *d. art.* 35. neque usus induxerit, & generaliter coram quocunque Hollandiæ judice generalem constitui hypothecam testetur Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 28. Groenewegen *ad §.* 7 *Inst. de act.* Quid enim, si quis Leydæ contraxerit, & Hagæ alibique variis in Hollandiæ pagis ac urbibus sita habens immobilia, domum Hagæ positam specialiter coram judice Hagiensi obligaverit in debiti antea Leydæ contracti securitatem, simulque obligationi speciali clausulam subjunxerit vulgatam hypothecæ generalis? Nullam sane generali ejusmodi hypothecæ vim effectumque, cum ratione denegaturum puto. Quin imo, ne præmissa quidem hypotheca speciali, generalem solam coram quocunque non urbano tantum sed & pagano judice Hollando constitutam prælationem post hypothecas speciales creditori tributuram, responsum invenio, nec ullam animadverto dissentiendi causam, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 49. si modo ex placito Ordinum Hollandiæ anni 1665. superius citato, quod illo responso posterius est, quadragesimæ solutio neglecta non sit. Licet in Frisia generalis hypotheca, quæ per registrationem solemnem inducitur, non nisi coram lege domicilii debitoris fieri possit, uti specialis coram judice loci rei sitæ, Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 12. *defin.* 15. Plane vi generalis hypothecæ, solemniter coram aliquo Hollandiæ judice constitutæ, non obligantur ex quodam privilegio bona in territorio Amstelodamensi sita, quoties non coram ipsa lege Amstelodamensi obligatio facta est, exceptis navigiis ibi existentibus, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 47. 48. Sed &, per generalem hypothecam coram aliquo Hollandiæ judice constitutam, sola immobilia in Hollandia sita affici ad effectum prælationis illius, quam generalis hypotheca in Hollandia tribuit, verius est: non item immobilia reliqua, quæ in solo Ultrajectino aut alio extra Hollandiam territorio constituta sunt, licet ibi eadem quæ in Hollandia, generali hypothecæ vis a territorii istius legislatore tributa esset; præsertim ex quo placuit, bona non affici, nisi quadragesima debiti fisco soluta sit; qualis quadragesima cum pro hypothecis in Hollandia constitutis ærario Hollandico, non item Ultrajectino illata sit, non est quod Ultrajectini ratum habeant in ditionis suæ bonis immobilibus jus hypothecæ generalis interposita solius Hollandici judicis auctoritate inductum: ut proinde his merito applicueris illud, extra territorium jus dicenti impune non pareri. Resp. Jurisc. Holl. *p.* 2. *consil.* 123. Rodenburch. *de jure conjug. in prælegom. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *in fine p.* 97. Eoque faciunt, quæ habet Chassenæus ad *consuet. Burgund. rub.* 9. §. 2. in verbis *quelque part que ce soit,* & quæ dixi de statutis realibus *tit. de const. Principum* part. altera *de statutis n.* 6. *et* 12.

11. Non tamen hac solemnitate insinuationis apud acta aut quadragesimæ solutione indigent in Hollandia hypothecæ legales, nec obligationes contractæ *op Weeskamers Recht* in utilitatem pupillorum, quorum tutelam gerit ac bona administrat camera pupillaris; nec, si magister navis in locis peregrinis mutuas acceperit pecunias in usus navigationis sub

pignore navis seu carinæ, vulgo, *op Bodemerye Placit. Ordin. Holland.* 5. *Febr:* 1665. *vol.* 3. *placitor. pag.* 1005. *in fine, & pag. seq. & placit. de quadragesima navium* 10. *Mart.* 1622. *art.* 2. *vol.* 1. *pag.* 1978. Neostadius *Cur. Holl. dec.* 50. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultrajectin. art.* 22. *num.* 21. Sed & si res immobiles venditæ pro pretio residuo obligandæ sint tempore traditionis, solemniter quidem apud acta id fieri necesse est, sed absque quadragesima solutione, ubi ea pretii totius intuitu jam fisco dependensa est *Edict. Ord. Holl. de quadragesima art.* 1. *in fin. vol.* 1. *pag.* 1954. Resp. Jurisc. Holland. *part.* 5. *consil.* 178. *quæst. ult.* Extra quos casus exceptos nullam sibi quisquam prælationem sperare potest in immobilibus debitorum bonis, si superius commemorata solemnitas observata non sit, adeo ut nec illi, qui publico instrumento coram tabellione ac testibus confecto hypothecam sibi constitutam habent, aliis ex privata tantum scriptura agentibus, aut debitum sine scriptura contractum persequentibus, potiores sint, *placito ann.* 1665. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 22. *n.* 17. 18. Responsa Jurisc. *Holl. par.* 1. *consil.* 241. Quod si culpa vel dolo actuarii ea, quæ ad hypothecæ generalis aut specialis constituendæ solemnitatem desiderata sunt, prætermissa fuerint, vel actuarius rem liberam esse asseruerit rogatus, cum illa jam solemniter alii per publicam scripturam devincta esset, & ob id creditor suo hypothecæ aut prælationis jure careat, adversus actuarium in factum actio ad id quod interest danda foret, ut post Jud. a Sande *dec. Frisic. libr.* 5. *tit.* 12. *definit.* 15. notat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 86. *in fine.*

12. Hæc de immobilibus. Mobilia ut specialiter pignori obligentur, solemnitate insinuationis apud acta aut quadragesimæ solutione opus non habent, si modo re ipsa creditori in crediti securitatem tradita probentur, *als Pand. ter Minne* ut patet ex *d. placito Ordin. Holl.* 5. *Febr.* 1665. Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 51. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 22. *num.* 22. 23. Nec sufficere videtur, quod debitor creditori pignori obligans rem mobilem, constituat, se eam in posterum nomine creditoris vel ut commodato aut precario concessam possidere velle; cum magis in fraudem consuetudinis, traditionem mobilium exigentis, & in necem reliquorum creditorum istud constitui possessorii genus videretur intervenisse. Hugo Grotius in responsis Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 174. *num.* 5. Ant. Matthæus *in paræm. Belgarum Juris. paræm.* 7. *num.* 14. Neque versatur, quod a Paulo scriptum est, *si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem me retinere possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum & animus mihi retinendi sit, & conductori non sit animus possessionem adipiscendi, l. si pignus mihi* 37. *ff. de pignorat. act.* Considerandum enim primo, debitorem hoc ipso, quo rem mihi pignoris datam, iterumque sibi per me elocatam, in tertium alienat, aut alteri creditori suo per traditionem pignori obligat, non amplius nudum manere detentorem, aut meæ possessioni ministerium præbere, sed suo nomine voluisse possidere, atque ita mihi meam intervertisse pignoris possessionem, ac me desiisse possessorem esse, *l. possideri* 3. §. *si rem* 18. *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* ut proinde sic possessione destitutus nullum mihi deinceps arrogare possim pignoris aut prælationis jus adversus emtores aut reliquos debitoris creditores. Sed & secundo, magis est, ut nostris moribus illud quale quale constitutum possessorium in pignoribus mobilium non ultra probari possit, ex quo placuit, mobilia non habere sequelam, & ob id ipsi rei mobilis possessioni incumbere debere creditorem, ut asserere sibi in ea possit prælationis jus, quippe quod constituti genus, ut jam dictum non nisi in fraudem consuetudinis, traditionem ad pignus mobilium requirentis, & creditorum aliorum circumventionem nunc videri posset interpositum; cum ex adverso de jure Romano non interesset quantum ad ipsum pignoris vinculum seu jus in re, utrum per creditorem acquisita ac retenta, an rursus amissa mobilium possessio esset, aut nunquam fuisset in eum translata. Porro jam dictis consequens est, ut nuda conventio sine traditione non afficiat mobilia debitoris bona, licet is coram tabellione ac testibus instrumento publico ea a se obligari professus sit, *d. placito*, adeoque non ultra in Hollandia post illam constitutionem obtinent ea, quæ antea & variis responsis Jurisconsultorum Hollandiæ & eruditis aliorum scriptis tradita inveniuntur; in mobilibus scilicet juris Romani dispositionem vigere, illos, quibus coram tabellione & testibus hypotheca constituta est, in mobilibus potiores fore iis, quibus postea generalis hypotheca coram lege loci adscripta fuerat, uti ea videri possunt apud Jacob. Coren *observat.* 38. Groenewegen *ad l.* 11. *Cod. qui pot. in pignore.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 233. & *part.* 4. *consil.* 190. & *part.* 5. *consil.* 85. *pag.* 310. Potest tamen procul dubio generalis hypothecæ constitutio etiam sine ulla traditione secundum Hollandiæ mores efficax esse, si coram aliquo Hollandiæ judice solemniter constituta & actis publicis insinuata, & quadragesima debiti ærario illata sit, *d. placito* 5. *Febr.* 1665. Et quamvis antea circa generalem immobilium hypothecam observatum sit, eam, in Hollandia constitutam, non pertinere ad immobilia Ultrajecti aut alibi sita, ac vice versa, aliud tamen de mobilibus judicium ferendum est. Cum enim mobilia intelligantur domino suo præsentia esse, ubicunque naturaliter extiterint, ac propterea etiam lege domicilii domini regi soleant, ut dictum *tit. de constitut. Principum*, parte altera, *de statutis num.* 11. necesse est, ut in casu, quo debitor in Hollandia domicilium fovens generalem coram aliquo Hollandiæ judice hypothecam soluta quadragesima constituit, ea in omnibus debitoris mobilibus, etiam longe extra Hollandiam positis, effectum sortiatur, perinde ac si illa domino Hollando præsentia essent, ideoque ex Hollandico jure, tanquam lege domicilii dominici, omnino æstimanda, etiamsi forte mobilia talia essent, quæ ex patrisfamilias destinatione certo erant loco alligata, ut pluribus docet Ant. Matthæus de *auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 36. Quod & ad actiones debitoris, generalem hypothecam constituentis, pertinere, quoties illæ tales sunt, ut mobilibus ex usu accensitæ fuerint, tradit Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 23. *defin.* 10.

13. Effectus hypothecæ specialis in immobilibus solemniter secundum modum superius descriptum constitutæ, in eo consistit, quod res ipsas affi-

ciat, deinceps transituras cum suo onere in quemvis possessorem, sive illæ oneroso sive lucrativo titulo in alium sive conscium sive ignarum vinculi pignoris translatæ sint, cum id unum quæratur, an quis possideat rem obligatam aut dolo possidere desierit, ut hypothecaria conveniri ac condemnari possit, *l. si fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *l. Paulus respondit* 29. §. *domus* 2. *ff. h. t. l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l. si postquam* 3. *C. ut possess. legator. l. pen. C. de remiss. pignorum, l. debitorem* 14. *C. de pignor. & hypoth. l. si debitor* 12. *C. de distract. pignorum, Politike Ordonnantie van Holl. ann.* 1580. *art.* 36. Nisi fisco hypothecas distrahente siluerint, nec jus suum indicaverint, quippe quo casu actionem suam, quam in rem habebant, amisisse intelligantur, cum fides hastæ fiscalis facile convelli debeat, *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignor.* aut nisi pignora ad creditorum petitionem ex decreto judicis adhibitis hastæ solemnibus vendita ac tradita sunt, & creditores hypothecam habentes siluerint, *l. si eo tempore* 6. *C. de remiss. pign.* quo tamen casu nostris moribus pretium succedit in locum rei, licitumque creditori hypothecario cum ceteris creditoribus de protopraxia in pignoris pretio disputare. Quod autem de immobilibus, idem jure civili placuit etiam in mobilibus specialiter obligatis, usque adeo, ut & furtum debitor committere dicatur, *l. si is, qui rem* 66. *ff. de furtis*. Sed cum hodierno jure inductum sit, *mobilia non habere sequelam*, ut multis id explicat Ant. Matthæus *par. Belgarum Jurisc. paræm.* 7. hinc non aliter creditori securitas immobilibus specialiter obligatis & traditis superest, quam si ipse possessioni sibi traditæ adhuc incumbat, remque teneat, ac proinde tum alienatione tum nova oppignoratione rursus alteri per debitorem eundem mediante traditione facta, perit creditori suum pignoris & prælationis jus, ac res alienata sine onere transit in accipientem aut, si rursus alteri in causam pignoris data sit, eidem tribuit prælationem, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 34 & inter Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 174. Ant. Matthæus *paræm. Belgar. Jurisc. paræm.* 7. *n.* 11. *& seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 7. *art.* 8. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 7. *n.* 6. Parens p. mem. Paulus Voet de *mobil. & immob. cap.* 19. *n.* 8. *vers. quod autem spectat.* Quin imo, si verum sit mobilia sequelam non habere, sequetur, etiam tunc, cum res per traditionem oppignoratæ iterum ad debitorem sine furti vitio reversæ sunt, ac, cum is foro cederet, inter reliqua ejus mobilia, ab ipso usque ad latitarionem possessa, reperiuntur, in concursu aliorum creditorum ad obærati patrimonium non fore potiorem hunc, qui aliquando rem mobilem jure pignoris possedit, sed dein possidere. Quo facit, quod nec jus pignoris habere aut retinere eum, qui possessionem pignoris debitori suo ex precario aut commodati titulo concessit, supra dictum est. In Rhenolandia tamen venditorem, qui ipsam rem mobilem a se venditam traditamque sibi pignori fore pro pretio pactus est, pignoris istius persecutionem etiam contra tertium habere possessorem, notat Grotius *Manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 33.

14. In generali hypotheca jure quidem civili idem placuit, quod in speciali, ut nempe res obligatæ, sive mobiles sive immobiles, non nisi cum onere ex quacunque causa in quemcunque transirent possessorem sive conventionalis, sive legalis, sive prætorii pignoris jure affectæ essent, ut patet ex *l. rei* 17. *Cod. de distract. pignor. l. un. Cod rem. alienam gerentibus, non interdici rerum suarum alienatione, l. si quis priores* 8. §. *ult. C. de secund. nuptiis, l. si postquam* 3. *C. ut in possess. legator.* §. *item si quis* 6. *Instit. de action.* arg. *l. ult. C. de remiss. pignoris.* Unde & variis juris nostri locis indistincte dicitur pignora alienata cum suo onere seu causa transire, *l. si debitor* 12. *C. de distract. pignor. l. debitorem* 15 *C. de pignor. & hypoth.* exceptis mercibus in taberna, *l. pen ff. h. t.* & servis generaliter tantum obligatis, quod dominus manumittere non impeditur, favore libertatis, *l. ab eo* 3. *de servo pignori dato manumisso, l. pen. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Ad Bachovium *de pignoribus libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 3. Nostris vero moribus immobilia generali hypotheca solemniter coram lege loci devincta si quidem titulo oneroso in tertium bona fide accipientem alienata sint, non amplius vinculo pignoris obnoxia manent; at si lucrativo titulo, durat etiamnum pignoris causa, & hypothecaria adversus possidentem titulo lucrativo salva est. Diversitatis ratio tum in eo consistit, quod oneroso tenens titulo æque de damno evitando agat ac creditores, at ex lucrativo possidens cum jactura creditorum locupletaretur, contra naturalem æquitatem, arg. *l. quod autem* 6. §. *simil.* 11. *ff. quæ in fraud. credi. or. l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* tum etiam, quia tunc, cum ex oneroso titulo res translata est, creditor adhuc securitatem quandam habet in actione ad pretium debitori vendendi competente, ut & in ipso pretio, dum utique & pretium est in bonis debitoris, ac sub hypotheca generali, præsentia ac futura continente, comprehensum; quod in titulo lucrativo non ita contingit. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *num.* 29. 30. Groenewegen *ad l.* 14. *C. de oblig. & act.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 79. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 309. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 9. Si tamen hypotheca generalis non conventionalis sed legalis sit, magis est, ut æque moribus hodiernis, ac jure Romano, res immobiles sub ea comprehensæ non nisi cum onere etiam in emtorem, aut alio ex titulo oneroso accipientem transferantur; quia generali quidem hypothecæ conventionali sua vis imminuta apparet per edictum politicum Hollandiæ, anni 1580. *art.* 35. (in quantum generalis anterior debilior est speciali posteriore) at nequaquam detractum quid invenitur hypothecæ legali ex iis, quæ jure civili obtinuerunt, sed altum de legali in *d. artic.* 35. Silentium est; quo etiam fundamento responsum, generalem legalem anteriorem adhuc hodie potiorem esse speciali posteriore conventionali. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 109. *&* 392. (Adde Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16. *in med*) quorum autem eadem vis est quantum ad prælationis effectum, eorum cur non etiam par esset potestas ad res non nisi cum suo onere in tertium trasmittendas, causam non animadverto: extatque in hanc sententiam responsum Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 140. Sed & secundo fallit id, quod de generaliter ex conventione obligatis sine onere per titulum onerosum transeun-

tibus supra dictum, in rebus immobilibus Amstelodami sitis ac ibidem generaliter coram lege loci obligatis: in quaotum ibi quoque generalis hypotheca conventionalis ex privilegio eandem cum speciali vim habet; adeoque efficit, ut & generaliter obligata non nisi cum sua causa, seu pignoris nexu, in emtorem transferantur. *Placit. Ordin. Holl.* 8. *Martii* 1594. *vol.* 2. *placitor. pag.* 2211. & 30. *Januarii* 1603. *d. vol.* 2. *pag.* 3005. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 48 49. Groenewegen *ad d. l.* 14. *C. de oblig. & action.* Denique nec prætermittendum, in diœcesi Ultrajectina ita jus esse, ut generalis rerum obligatio idem operetur cum speciali quantum ad bona sita sub jurisdictione judicis ejusdem inferioris, coram quo constituta est, (licet respectu cæterorum immobilium in alterius judicis inferioris Ultrajectini territorio sitorum, non majorem Ultrajectinæ quam Hollandicæ leges effectum generali tribuerint hypothecæ) indeque nec alienationem, utcunque titulo oneroso factam, perimere jus pignoris ex illa generali hypotheca conductione talibus in rebus natum, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversitate tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *in fine pag.* 97. Parens p. mem. Paulus Voet *de mobil. & immobil. cap.* 19. *num.* 8. Adde tamen omnino, quæ scripsit *h. t. n.* 16. *circa fin.* Mobilium rerum intuitu generalis hypotheca coram lege loci, præstandis, solemniter constituta, ut & ea, quæ per legem inducta est, prælationem illis tribuit, in quorum gratiam ac securitatem interposita est, quamdiu res illæ manent in dominio debitoris, nec ulli alii postea specialiter pignori traditæ sunt: ut in hisce etiam potior sit futurus jure, qui tempore prior est. Sed quam primum mobilia per debitorem alienata fuerint, evanescit creditoribus omne suum pignoris jus, & si post generalem hypothecam conventione vel lege inductam mobilia quædam creditori per debitorem in causam pignoris tradito probentur, vel etiam termini tales sint, ut creditori jus retentionis pro debito in re mobili a se possessa ex lege vel consuetudine competat, (de quo *tit. de compensationibus in fine.*) is io istis sic traditis aut jure retentis prælationem sibi jure vindicaverit ante eos, qui anteriorem generalem sive conventionalem sive legalem habent. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 74. & *cap* 20. *n.* 18.

15. Ceterum uti res generali hypotheca conventionali affectæ jure civili æque ac specialiter obligatæ transibant in quemvis possessorem cum suo onere, quocunque fuissent titulo alienatæ, ita quoque prælationis intuitu generalis easdem cum speciali vires habuit, adeo ut sola generali munitus anteriore, sive conventionali sive legali, potior fuerit eo, cui specialiter postea res quædam ex generaliter devinctis obligatæ fuerant, idque in ipsis illis rebus specialiter posteriori obligatis, etiamsi creditori anteriori facile fuerit ex rebus aliis generaliter obligatis suum consequi, cum non debuerit ei per supervenientem hypothecam specialem adimi suum jus eligendi ex generaliter obligatis eam rem, cujus persecutionem sibi faciliorem aut commodiorem aut tutiorem arbitratur, *l. qui generaliter* 2. *ff. qui pot. in pign. l. si generaliter* 6. *C. eod. tit.* Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 23. *defin.* 29. Bruoemanus *ad l.* 2. *ff. qui pot. in pig. in pr.* Dissent. Costalius *ad. d. l.* 2. *n.* 8. & *seqq.* Unde &, si tibi obligaverim omnia bona mea, ac Titio specialiter fundum Cornelianum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquiram, concursum in pignore creditorem utrumque, Ulpianus docet; quia primo dominii per debitorem acquisiti momento jus creditoris utriusque simul pignoris intuitu firmatum fuit, *l. idemque est* 7. §. 1. *ff. qui pot. in pign.* Si tamen rebus quibusdam specialiter obligatis, insertum ulterius cautioni fuerit, *ut cætera quoque debitori, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ*, juxta formulam in *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur* 1. *ff. h. t.* non aliter creditori permittendum ad excutienda bona sibi generaliter obligata procedere in præjudicium illorum creditorum, quibus postea quædam ex his specialiter obligata sunt, quam si prior ille creditor ex excussis specialiter sibi obligatis suum consequi nequeat; eo quod generalis tunc magis in subsidium constituta creditur, *l. quamvis constet* 2. *C. h. t. d. l.* 2. *in fine ff. qui pot. in pig.* si modo ibi pro *generaliter* cum Cujacio & aliis, Saode *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 26. Covarruvias *variar. resolut. libr.* 3. *cap.* 18. Neostadius *Curiæ suprem. decis.* 41. Joh. Papon *lib.* 18. *tit.* 6. *arrest.* 54. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 11. & *cap.* 19. *num.* 78. Brunnemanus *ad l.* 2. *ff. qui pot. in pignore n.* 2. & *seqq.* Carpzovius *d. par.* 2. *constit.* 23. *defin.* 29. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 8. Negusantius *de pignoribus membro primo octavæ partis n.* 20. Wassenaar *pract. jud. cap.* 22. *num.* 67. Plane creditoribus aliis se non opponentibus, licentia illa persequendi prius generaliter obligata, creditori denegaoda non est, utcunque debitor se opponeret, & desideraret specialiter obligatorum distractionem, *arg. d. l.* 2. *C. h. t.* Johan. Papon & Ant. Matthæus *d. l.* Radelantius *Cur. Ultraject. decis.* 18. *n.* 2. Idemque est, si contra tertium agatur rei generaliter obligatæ possessorem, qui creditor hypothecarius non est; cum Impp. in *d. l.* 2. *C. h. t.* creditori quidem posteriori hac ratione subvenire voluerint, nihil autem tale aliis indulserint. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 9. Quid, quod nec ipsi creditores specialem hypothecam posteriorem habentes impedire possunt, ne generalem simul & specialem habens excutiat prius ea, quæ postea specialiter aliis obligata erant, quoties in conjuncta generalis ac specialis pignoris constitutione id additum, ne generali per specialem aut speciali per generalem derogetur aut præjudicium fiat. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 8. Ant. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 78. Brunoemannus *ad d. l.* 2. *ff. qui pot. in pign. n. ult.* Wassenaar *pract. jud. d. cap.* 22. *num.* 67.

16. Quamvis autem Hollandiæ jure certum sit, generalem anteriorem hypothecam conventionalem debiliorem esse speciali posteriore, eique postponi. *Politike Ordonantie van Holland. ann.* 1580. *art.* 35. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 41. *in pr.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 42. ac idem quoque Mechliniæ alibique servetur, Christinæus *ad Leg. Mechelin. tit.* 13. *art.* 14. *n.* 5. atque etiam Ultrajecti obtineat quantum ad bona generaliter obligata, sed sita extra territorium judicis inferioris, coram quo hypotheca generalis constituta est: tamen superiores ex jure Romano decisiones etiamnum probandæ sunt tum Amstelodami, ubi generalis & specialis hypothecæ coram judice Amstelodamensi constitutæ, quaotum ad bona in illo territorio sita, æqualis vis ac potestas

est; tum Ultrajecti ratione bonorum, quæ jurisdictioni judicis illius subjecta sunt, apud quem specialis simul ac generalis hypotheca solemniter constituta est; (quod tamen post hæc prima vice edita mutatum est, dum clausulæ generalis hypothecæ conventionalis, subjunctæ obligationi speciali immobilium, omnino obligandi vis a Provinciæ Ultrajectinæ Ordinibus denegata est. *Ordonnantie rakende de verzekeringen en hypotheecen* 18. *Januarii* 1700. *artic.* 1. 2.) tum denique illis in casibus, quibus hypotheca legali generali anteriore res sunt affectæ, quæ dein specialiter alteri creditori fuerunt obligatæ: cum hactenus neque jus civile statutis abrogatum appareat, neque ratio satis justa a populi moribus geniove deprompta, ullam hac in parte jubeat mutationem. Confer Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16.

17. Illud quoque ad hypothecæ tum generalis tum specialis effectum pertinet, quod creditori licitum sit etiam nomina sui debitoris, cum rebus ceteris aut specialiter sibi obligata, excutere sine ulla actionis cessione, adeoque exigere a debitoris sui debitoribus id, ad quod illi primo debitori obligati sunt, intentata utili hypothecaria actione, vel utili actione tali personali, qua ipse debitor potuisset experiri, *l. cum convenit* 20. *ff. d. t. l. si convenerit* 18. *ff. de pignorat. act. l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig. l. postquam* 7. *C. de hered. vel act. vend.* Groenewegen *ad tit. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit.* Post Sandium *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 24. 25.

18. Est autem hypotheca accessio quædam principalis obligationis, sine qua regulariter haud subsistit. Unde, si quis Titio promiserit, se Titio aut Mævio daturum decem, quia soli Titio obligatio quæsita, Mævius solutioni tantum adjectus est, responsum fuit, Mævio inutiliter pignus constitui, ac illud etiam ante solutionem repeti posse, *l. is, qui promisit* 33. *ff. h. t.* Accedere vero potest vel debito naturali & civili simul, vel naturali tantum, *l. res hypothecæ* 5. *ff. h. t.* si modo naturalis obligatio sibi relicta ac non per jus civile improbata sit. Qua ratione, licet negari nequeat, quin & prodigus ex promissione sine curatoris auctoritate facta, & mulier ex sua intercessione, & filius familias ex causa mutui naturaliter obligentur; tamen, quia vel lex vel senatus obligationes tales in universum reprobavit, non magis pignorum quam fidejussorum interventu eas firmari, verius est, *l. si alius* 2. *ff. quæ res pign. dari*, arg. *l. is, cui bonis* 6. *ff. de verbor. obligat. l. si mulier* 16. §. 1. *l. ult.* §. *si mulier.* 1. *ff. ad Senatusc. Vellejanum, l. sed si paterfam.* 9. §. *non solum* 3. & *seqq. l.* 10. 11. *ff. de Senatusc. Macedon.* Idemque est, si pignus obligatum sit pro debito, cujus petitio exceptione jurisjurandi vel rei judicatæ perimi potest, licet non ex vero juratum, aut debitor per injuriam judicis absolutus sit, *l. si deferente* 13. *ff. quib. mod. pignus vel hypoth. solv.* Neque interest, an pro proprio an pro alieno debito quis suis in rebus hypothecam constituat, *l. res hypothecæ* 5. §. *ult. ff. h. t.* Nec, utrum pro principali debito, an pro accessionibus ejus: nam &, si principale debitum addita pœnæ promissione munitum sit, vel usuræ fuerint in conventionem deductæ, in pœnam quoque ac usuras obligari posse pignus expeditum est, utcunque in stricti juris negotiis non stipulatione sed pacto pœna vel usura promissa esset; cum utique naturalis inde nascatur obligatio, cui recte pignus accedere jam dictum est, *l. grege pignori* 13. §. *ult. ff. h. t. l. si necessarias* 8. §. *ult. l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act.* Ut tamen in dubio pignus non in usuras, sed tantum in sortem, obligatum præsumatur, quoties simpliciter, & non in omnem causam devinctum est, arg. *d. l. solutum* 11. §. 5. *ff. de pign. act. l. per retentionem* 4. *l. si usuras* 21. *l. pignoribus* 22. *C. de usuris.* Quod enim a Cujacio scriptum est, pro usuris in stipulatum deductis etiam pignus teneri; licet nihil convenerit specialiter, sed data sint pignora simpliciter, *lib.* 15. *observ.* 22. *in med.* id neque ratione probatur, neque legibus illis, quæ ab eo adductæ sunt, puta *l.* 8. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. creditor* 12. §. *sciendum* 6. *l. Lucius* 13. *l. pen. ff. qui pot. in pign.* cum utique primo nulla in illis stipulationis de usuris interpositæ mentio fiat; ac secundo ibidem non definiatur, utrum pignus etiam specialiter in usuras devinctum sit, nec ne. Denique, quia usuræ in stipulatum deductæ aliam separatam a sorte constituunt obligationem, longe minus in has videri potest pignus per consequentiam sine speciali conventione obligatum, quam in illas, quæ vel ex pactione contractui apposita ac contractus ipsius partem faciente, vel ex officio judicis adjudicatæ sunt, arg. *l. centum capræ* 8. *ff. de eo quod certo loco.* Videturque hæc sententia nostris moribus tanto magis conveniens, quia nunc ne ex speciali quidem conventione, ut & pro usuris res pignori sit, prælatio usurarum intuitu in universum datur, sed tantum ratione triennii, aut alterius modici temporis, statutis definiti. Confer Jacobum Coren *observ.* 18. Ant. Fabrum *Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *defin.* 11. Fachineum *controvers. lib.* 7. *cap.* 57.

19. Non tamen desunt in jure nostro casus nonnulli, quibus vel obligationi inutili pignus efficaciter accedit vel sublata principali obligatione, quæ subfuerat, pignus adhuc obligatum manet. Nullam esse ipso jure immobilium ad minores pertinentiam alienationem, quoties decretum magistratus interpositum non est, ex multis apparet Principum rescriptis, *l.* 2. *l. prædiorum* 10. *l. si prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alien.* & tamen, si tutor aut curator pignora ex rebus propriis emtori ob evictionis periculum obligaverit, eorundem persecutio emtori patet, *t. & si is* 9. *C. de præd. & aliis reb. minor.* Ex pluribus debitoris unius hæredibus unusquisque eam solvendo debiti partem, ex qua heres est, desinit quidem creditori actione personali obligatus esse; sed non ideo minus creditori liberum est una cum reliquorum heredum solvere cessantium partibus, quas in pignore per defunctum dato habent, etiam ejus partem tanquam adhuc devinctam distrahere, qui jam per solutionem a personali erat actione liberatus; eo quod individua pignoris causa est, *l. unus ex multis* 16. *C. de distract. pignor. l.* 1. *C. de luit. pignoris, l. pro hereditariis* 2. *C. de hereditar. action. l.* 1. 2. *C. si unus ex pluribus hered. creditoris & debitoris &c.* Præterea cum aliquando in casibus quibusdam peculiaribus contingeret, ut vel præscriptione, vel rei judicatæ exceptione, vel aditione ac confusione debita principalia extinguerentur mera juris civilis subtilitate, aut saltem mera ratione civili, manente revera obligationis æquitate, inde factum fuit, ut & tunc pignoris persecutionem durare responsum sit, in factis speciebus propositis in *l. qui occidit* 30. §. *pignori* 1. *ff. ad leg. Aquil. l. servum quem* 27. *ff. h. t. l. cum quis*

58. §. *ult. ff. de solution. l. debitor sub* 59. *ff. ad Senatusc. Trebell.* quas plenius explicat Bachovius *de pignoribus lib.* 5. *cap.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Ac ad hæc jam enumerata, & si quæ alia occurrant his similia, referendum ac restringendum, quod generalius a Gordiano rescriptum fuit, vincula pignoris durare actione personali submota, *l.* 2. *C. de luit. pign.* Quamvis alioquin Donello *ad d. l.* 2. placuerit, mendosam esse vulgatam illius legis lectionem, rescriptum potius fuisse, *vincula pignoris non durare, &c.*

20. Pro debito in diem, & eo quod sub conditione debetur, recte pignus constitui placuit, *l. res hypotheca* 5. *l. grege* 13. §. *pen. l.* 14. *ff. h. t.* sed & pro evictione rei venditæ, *l. si fundi* 2. *C. de pactis pignor. l. etsi is* 9. *C. de præd. aliis reb. minor.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 97. (*vel* 95.) *quæ incipit, Gulielmus*, denique etiam pro debito prorsus incerto, etiamnum contrahendo, pignus efficaciter obligari; operaturum tunc, cum debitum contractum fuerit, dubium non est, *l.* 1. §. *alia causa* 1. *ff. qui pot. in pig.* An autem nunc jure nostro obligatio talis in immobilibus efficax futura sit, utcunque coram lege loci facta, si non certa quædam quantitas pecuniaria, quæ in contractum futurum deducenda erit, exprimatur, ejusque pars quadragesima inferatur ærario, merito hæsitaveris, postquam *anno* 1655. 5. *Febr.* ab Ordinibus Hollandiæ constitutum fuit, nullam prælationem ex causa pignoris adjudicandam esse, quoties pars debiti quadragesima in utilitates publicas depensa non est, neque inter casus nominatim exceptos debiti conditionalis aut incerti adhuc contrahendi ulla mentio est. Porro ex quo tempore hujusce modi debita prælationem habeant, *tit.* 4. *num.* 30. traditum est.

21. Adjici hypothecæ possunt pacta honesta & licita; veluti, ut interitus pignoris liberet debitorem, si modo non dolo, aut culpa debitoris, sed casu acciderit obligatæ rei interitus, *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* Ne intra certum tempus pignus luatur, Vide *tit. de reb. creditis n.* 20. Ut, debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat auctoritate propria ingredi fundi pignorati possessionem; cui tamen ingressioni si deinde resistat debitor, nihil vi aut armis, sed tantum publica magistratus auctoritate, tentandum foret, *l. pen. C. de pignorat. act.* junct. *l. creditores* 3. *C. h. t.* arg. *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris, l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. quod metus causa*, Brunnemanus *ad l.* 3. §. 2. *ff. qui potior in pign.* & de eo casu, quo debitor non resistit, accipiendus Paulus *recept. sent. lib.* 5. *tit.* 26. §. *ult.* Est & efficax conventio, ut creditor ex pensionibus pignoris ipse creditum recipiat: quo casu & utilem locati actionem adversus conductorem habet, *l. cum convent.* 2?. *ff. h. t.* Ut debito non soluto, creditor aut fidejussor solvens pignus justo pretio emtum habeat, *l.* 1. *C. de pactis pignor. l. si fundus* 16. §. *ult. ff. h. t. l. ult. si de contrab. emt.* arg. *l. Titius, cum* 34. *ff. de pign. act.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 23. *defin.* 1. *fere in pr.* Ut creditori liceat pignus vendere; quale pactum reale est, unde heredi quoque creditoris ac cessionario competit vendendi jus; licet pactum in personam creditoris conceptum sit, si nihil in contrarium actum appareat; eo quod persona plerumque pacto inseritur non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. Quod puto Pomponium voluisse in *l. si necessarias* 8. §. *pen. ff. de pignorat. act.* arg. *l. juris gentium.* 7. §. *pactorum* 8. *ff. de pactis.*

22. Valet quoque pactum, ne creditori liceat pignus vendere; cujus ea vis est, ut non nisi post trinam denunciationem, per quam contumacia induci solet, venditio procedat, *l. si convenit.* 4. *in fine ff. de pignorat. act.* Valet & vicissim, *ne id liceat debitori*, usque adeo, ut Marcianus scripserit, certum esse, factam adversus tale pactum *venditionem esse nullam, ut pactioni stetur, l. si creditor* 7. §. *ult. ff. de distract. pign. & hypoth.* Quamvis enim communiter ita jus sit, ut pacta de non alienando rem non afficiant, sed tantum obligent personam paciscentis, ideoque contra pactum secuta venditio neque nulla, neque rescindenda sit, sed plenum effectum sortiatur, actione tantum personali in id quod interest, adversus eum data, qui vendendo fregit pacti fidem, ut dictum *tit. de contrab. emt. num.* 15. jure tamen singulari hic contra placuit, emtionem magis ipso jure nullam esse, ut pactioni stetur. Scilicet, cum pacto de non alienando venditioni rerum aut alteri simili apponitur contractui, uti contractus ipse rem non afficit, sed personam obligat, ita & pacto adjecto non majorem tribui effectum æquum fuit, ut accessio suum sequatur principale: sed cum & contractus pignoris & pactum hypothecæ jure quodam proprio creditori tribueret jus in re, ipsamque rem afficeret, transituram deinceps cum onere illo in quemvis possessorem, non mirum fuit, secundum Marcianum, pactione de pignore per debitorem haud vendendo rem ipsam quoque fuisse affectam, ne accessorium a sui principalis natura declinaret, adeoque venditionem contra pactum celebratam perinde nullam fuisse habitam, ac si contra legis aut testatoris prohibitionem intercessisset.

23. Præcipue vero probatum in pignoribus pactum antichresios, quo id agitur, ut creditor utatur pignore in vicem usurarum, donec debitum solutum fuerit, sive ipse ædes inhabitando fundosve colendo percipere fructum aut utilitatem velit, sive aliis elocare; adeo ut, si ante exsolutum debitum possessionem amiserit, vel hypothecaria actione ex communi hypothecarum natura rem obligatam persequi possit, vel ad recuperandam antichresin, seu mutuum pignoris usum pro credito, in factum actione uti, *l. si is qui bona* 11. §. 1. *ff. h. t. l. si ea lege* 17. *C. de usuris.* Estque hoc pactum primo vel expressum, *d. ll.* vel tacitum, de quo tacito Paulus tractat in *l. cum debitor* 8. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Quamvis enim verum sit, non hoc ipso, quod in creditum gratuiti usus (cujus respectu nulla usura in conventionem deducta) pignus datum fuit, etiam protinus usuras tacite promissas videri, sed magis fructus per creditorem ex pignore percepti in sortem imputandi sint, sicut tandem perceptione fructuum debitor quoque in totum liberetur, *l.* 1. 2. 3. *ult. C. de pignorat. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* non tamen inde recte omnem antichresin tacitam, velut jure incognitam, cum Vinnio reprobaveris, *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 3. Cum utique inscriptio tituli, in quem relata est *d. l.* 8. satis monstret, de tacita conventione accipi oportere quæ ibidem cauta sunt; atque insuper ipsa facti species de sententia *d. legis* 8. per Vinnium concepta, id firmet aperte. Sive enim retentis verbis legis eam

de credito accipias gratuito; seu quod ab initio usurarium non erat, deque pignore in illud creditum obligato, ac statuas cum Vinnio, creditorem, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & debitor interpellatus moram solutioni faciat, retinere ex eo tempore posse usuras de fructibus rei pignoratæ usque ad legitimum usurarum modum: sive ex adverso contendas in *d. l.* 8. addita particula *non* legendum esse, *cum debitor non gratuita pecunia utatur*; utroque in casu tacita antichresios pactio reperitur. Creditor namque vel nomine pecuniæ non gratuito concessæ usuras conventas ex fructibus pignoris sibi servat, etsi ea lege pignus haud datum esset, adeoque expressum deesset pactum antichresios; vel e contrario usque ad legitimum usurarum modum ex fructibus perceptis usuras deducit ob moram in restituenda pecunia gratuita factam, indeque inductum ex legis aut prudentum interpretatione tacitum pactum de usuris solvendis, fructibusque in vicem usurarum usque ad legitimum modum retinendis; cum constet, solam moram sine conventione expressa aut tacita in stricti juris judiciis sufficientem non esse ad producendam usurarum obligationem. Sed & secundo vel simpliciter interponitur pactum antichresios, prout jam supra definitum est ex *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* & *l. si ea lege* 17. *C. de usuris*, vel in subsidium in casum moræ, veluti, *ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimæ usuræ*, quo casu, licet initio minores usuræ in stipulatum deductæ essent, recte tamen post diem moræ graviores usuræ promissæ petuntur, quatenus legitimum non egrediuntur usurarum modum, *l.* 1. §. *pacto* 3. *ff. h. t.*

24. Utrum autem antichresis legitimum excedere possit usurarum modum, vulgo quæritur. In tacita quidem superius delineata id fieri non posse, patet ex *d. l. cum debitor* 8. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contr.* & rationi conveniens est, ne alioquin lex, per cujus benignam interpretationem pactum tale tacitum inductum est, semet ipsam quodammodo videretur destruere, sibique in ea parte, quæ legitimam usurarum quantitatem definit, adversari. At in expressa videndum, utrum certus fructuum proventus sit, nec ne. Nam si certus sit, dum forte prædium urbanum vel rusticum pignori datum elocatum fuit, vel nomen usurarium per debitorem obligatum, & id actum, ut vel pensio, vel usura nominis cederet in vicem usurarum, magis est, ut nec tunc antichresis superare debeat modum usurarum a lege præscriptum, arg. *l. si ex pactione* 14. *C. de usuris.* Si vero incertus fructuum proventus sit (quod accidit, cum prædium rusticum pignori datur creditori colendum ab eo ea lege, *ut fructus in vicem usurarum consequeretur*) obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non posse, rescriptum est, *l. si ea lege* 17. *C. de usuris.* Idemque dicendum, si id actum fuerit, *ut creditor domum sibi obligatam inhabitaret vice usurarum*, licet ex domus illius elocatione plus emolumenti redigi potuisset, quam usurarum legitimarum ratio patitur; quia potius conducta villius habitatio, quam illicitum fœnus contractum videtur, *d. l.* 14. *C. de usuris.* Si tamen ipse creditor locando domum fundumve, pensionem inde certam redegerit, placuit Frisiæ Senatui, etiam tunc antichresin ad legitimum revocandum esse usurarum modum, arg. *d. l.* 14. Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 12. *def.* 10. Confer de antichresi Molinæum *de usuris quæst.* 35. *num.* 259. & *seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 3. Mynsingerum *cent.* 6. *observ.* 71. Sande *d. defin.* 10. Carpzovium *defin. forens. part.* 2. *constit.* 30. *defin.* 40. 41. 42.

25. Pactum commissorium quod attinet, etsi illud emtioni recte adjiciatur, *tit. ff. de lege commiss.* & olim forte secundum quorundam opinionem in pignoribus quoque ac hypothecis toleratum fuerit; postea tamen in hisce, velut asperum & iniquitatis plenum, reprobatum a Constantino invenitur, *l. ult. C. de pactis pignorum*, quippe quo cum id agatur, ut debito intra certum tempus non soluto apud creditorem pignus pro debito remaneat, maximi sæpe momenti ac pretii res in æris alieni exigui cederent exsolutionem; debitore egeno ac præsentis rei nummariæ angustia presso facile patiente, dura quæque & inhumana contra se scribi, dum ante insertum legi commissoriæ diem meliora sibi tempora ac fortunam meliorem pollicetur, atque ita pacti asperitatem solutione se aversurum sperat; cui tamen spei, lubricæ satis ac fallaci, eventus deinde haud raro non respondet. Confer Pinellum *ad rubric. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 27. & *seqq.* Rittershusium *partit. feudal. libr.* 1. *cap.* 11. *num.* 4. Bachovium *de pignoribus libr.* 1. *cap.* 15. Covarruviam *variar. resolut. libr.* 3. *cap.* 2. *num.* 6. Neque interest, utrum statim in ipsa pignoris hypotecæve constitutione talis pactio interposita fuerit, an ex intervallo; eo quod æque postea, durante eadem debitoris inopia per intempestivam, aut saltem debitori misero gravem, difficilem, ac quacunque ratione protelandam ac declinandam debiti exactionem, creditor extorquere posset hanc duram legem; ut proinde non minor etiam tunc iniquitatis ratio pro pacti ex intervallo concepti nullitate pugnet, licet multi contra sentiant, ut auctor est Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 23. *def.* 1. Non etiam refert, utrum inter debitorem & creditorem pactio hujusmodi intercedat, an inter debitorem & fidejussorem ejus, sive simul pignore & fidejussore dato caverit debitor, sive fidejussori ipsi in securitatem indemnitatis pignus constituerit; cum constet, ipsum quoque fidejussorem esse ejus, pro quo fidejussit, creditorem, atque adeo eadem iniquitatia uti occasio, ita & ratio, pactionem talem reprobari suadeat. Eoque facit *l.* 1. *C. de dolo.* Neque obstat *l. ult. pr. ff. de contrah. emt.* Cum vel emenda fuerit per *l. ult. C. de pactis pignorum*, idque ex sententia eorum, qui olim legem commissoriam in pignoribus probatam fuisse autumant: vel non agat de pacto commissorio, sed de conventione, qua id actum, ut pignus fidejussori justo pretio emtum sit; Pinellus *ad rubr. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 13. Covarruvias *var. resolut. libr.* 3. *cap.* 2. *num.* 7.

26. Est & legi commissoriæ plane simile, si non idem, adeoque jure eodem censendum pactum, quo id agitur, ut, quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, id sibi habeat creditor in debiti solutionem, sive pluris sive minoris, quam est in debito, pignus distractum sit; sicuti & illud, ut debito intra certum tempus non soluto *debitor pignus creditori cedat*; si illud *cedere* ita interpreteris, ut creditori pignus in solutum cedat pro debito: cum non obstante tali conventione liceat debitori oblata debiti quantitate pignus luere sibique recipere, arg. *l. Callippo* 45

ff. de solutionibus. Unde & ab Alexandro Imp. definitum fuit, pactione tali venditionem pignoris non censeri contractam, sed id comprehendi, quod jure suo creditor in ad piscendo pignore habiturus erat, atque ita communi jure creditorem debere hypothecam vendere, *l. 1. C. de pactis pignorum.* Nec his contrarium est rescriptum Imperat. Diocletiani & Maximiani in *l. ult. C. de distract. pignor.* cum illic non quæratur, an id, quod supra debiti quantitatem ex pignore vendito redactum est, penes creditorem remanere debeat, sed id unum, qua actione superfluum per debitorem repetendum sit; ac determinetur, non in rem actionem in id competere, sive pretium ipsum apud creditorem existat, sive fundus ex superfluo per creditorem comparatus sit, sed solam in personam, id est, pignoratitiam de superfluo movendam esse, *si nihil convenit specialiter*, id est, si non convenit, ut etiam in rem actione debitori superfluum, aut comparatum ex superfluo fundum, petere liceret. Minus obest *l. a Divo Pio 15. §. si pignora 3. ff. de re judicata.* Non enim ibi pactio intercesserat, ut pignus creditori addiceretur ea quantitate quæ debetur; sed, cum pignora in judicati causam capta emtorem non invenirent, rescriptum fuit, ea creditori petenti addici posse, *ea quantitate, quæ debetur*, id est, *ad modum debitæ quantitatis*; ita ut, si pignora debito minora sint, superfluum petere creditor non prohibeatur, & contra, si pluris, tantam pecuniam restituere teneatur; ita interpretante post Duarenum Antonio Matthæo *de auction. libr. 1. cap. 10. num.* 50. Quæ interpretatio etiam juvatur ex verbis sequentibus *d. paragraphi* 3. dum dicitur; *nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere.* Nempe, si ad modum debitæ quantitatis pignora creditori addicta essent, poterat id, quod minus erat in pignore quam in debito, adhuc exigere; sed si maluerit pignora in creditum possidere iisque contentus esse, id est, interprete eodem Matthæo *d. loco*, maluerit ea in solutum accipere, minoris valentia quam quantum erat in debito, id quod amplius in debito est, petere ultra non poterat, quia intelligebatur *velut pacto transegisse de credito*; transactio autem supponit aliquam debiti remissionem; nec quisquam amplius, quam sibi deberi ab initio contendit, sed minus, transigendo consequitur, remittens aliquid eo, quod sibi putat debitum esse.

27. Qui autem hypothecæ obligare possint, quibus id ex adverso licitum non sit, id simul cum illa quæstione, quæ res pignori dari possint *tit.* 5. explicandum erit.

TITULUS II.

In quibus causis Pignus vel Hypotheca tacite contrahitur.

SUMMARIA.

1. *Tacitum pignus est, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubentis pignori ante dederat, vel scribat chirographum continens rei suæ obligationem, aut ei subscribat; aut si paciscatur, ut liceat creditori rem certam vendere, si debitum intra certum tempus solutum non sit.*
2. *Tacite obligantur pro pensionibus illata in prædium urbanum; fructus nati in prædio rustico, sive pendentes, sive jam in borrea devecti, imo & cum a curatore bonis dato distracti, idque ratione pretii, non si ab ipso colono ante præclusionem venditi, nec tunc in pretio, pignus durat. Invecta in prædium rusticum tacite obligata non sunt.*
3. *Invecta in prædium rusticum tacite obligantur, cum illud natura sterile est, ut horreum, stabulum, area tritutaria. Hodie illata in rusticum prædium, & animalia ibi pascentia tacite obligantur; sed præclusione opus est; & tunc locatori etiam privilegium prælationis competit. Quid juris si clam transferantur, postquam præclusa fuerant?*
4. *Qualia bona debeant illata esse, ut pignori sint? an pecunia numerata, gemmæ, bona minorum, studiosorum?*
5. *An res alienæ per conductorem illatæ? An res antequam re ipsa per conductorem illatæ fuerint? Et quid juris, si post contractum locationis ante illationem alteri obligentur? An illata ea mente ne perpetuo ibi maneant? An deposita, commodata, lanea linea sartori commissa? An singula corpora mercium in taberna?*
6. *An & invecta ac illata secundi conductoris teneantur primo locatori? Et an ultra id, quod conductor secundus debet?*
7. *Fundo sublocato mercede minore, an fructus fundi tacite obligati sint usque ad quantitatem mercedis primæ locationis, an tantum usque ad mercedem sublocationis?*
8. *Legalis hypotheca fisco competit in bonis administratorum, & eorum quibuscum contraxit; & civium pro tributis; quod & civitatibus datum pro tributis, quæ exigunt Principe permittente. An & publicani pro exactione tributorum & vectigalium hypothecam habeant? Et quamdiu secundum Hollandiæ mores?*
9. *An fisco pro mulctis ac pœnis in bonis delinquentium hypotheca aut personale inter chirographarios privilegium competat, an vero fiscus omnibus chirographariis postponendus sit?*
10. *An, & quo usque fiscus hypothecam legalem habeat, cum in jus privati succedit? remissive.*
11. *Pupillis hypotheca ex lege competit in bonis tutorum, curatorum, vitrici quem mater superinduxit non redditis rationibus &c. An & moribus in bonis mulieris, quam tutor post susceptum tutelæ officium uxorem duxit?*
12. *An in bonis protutorum, actorum tutori adjunctorum, procuratorum, et eorum qui pupillorum negotia ex amicitia gesserunt?*
13. *An hoc jus competat furiosis, prodigis, mentecaptis, debilibus, mutis, surdis?*
14. *An pupilli & similes hoc jus habeant in bonis magistratuum, si subsidiaria agant actione? An si bonis executoris testamenti pro legatis & similibus? An in bonis curatoris dati, si creditores sint? An in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt? Quid si eorum nomine contractum sit* op Weeskamers Recht, *quamdiu tum jus illud duret? An in bonis heredum tutoris?*

15. *An pupilli in rem sua pecunia emtam habeant legalis hypothecæ jus, pro pecuniæ debitæ restitutione?*

16. *An & in bonis tutoris pro iis, quæ tutor ante delatam tutelam pupillis, aut illis, quibus hi heredes extiterunt, vel etiam durante administratione non ex ipsa administratione, sed alia ex causa, cœpit debere? An & pro usuris talis debitis ac impensis litis, si in eas tutor ad rationes reddendas conventus condemnatus sit? Et quid, si tutor debitor cum reliqui pupilli tutoribus debitum novaverit?*

17. *Ex quo tempore pupillis incipiat competere jus hypothecæ in bonis tutorum protutorum, & similium? Et quid juris, si unus plures tutelas diversi temporis delatas gesserit?*

18. *An jus hypothecæ legalis pereat pupillis per rationum redditionem, si reliqua nec dum restituta sint, sed usuræ reliquorum percepta? Docetur, pupillos hoc jus hypothecæ legalis ad heredes transmittere; ut mulier transmittit hypothecam legalem pro dote datam.*

19. *Tollitur objectio petita ex eo, quod etiam tempore Pandectarum hypotheca legalis pupillis competit, ac monstratur, id erroneum esse, ac satisfit objectionibus.*

20. *Mulieri, etiam sponsæ & uxori putativæ, competit hypotheca legalis pro dote, & paraphernis; ac marito pro obtinenda dote promissa, & recuperanda donatione propter nuptias. Quid moribus obtineat?*

21. *Legatarii habent legalem hypothecam in bonis defuncti, non heredis, & quæ istius hypothecæ vis sit? Notatur, hujus pignoris causam jure singulari dividuam esse.*

22. *Si testator diversis temporibus alia atque alia legata reliquerit, vel alia pure, alia sub conditione, alter alteri in hypotheca legali non præfertur. Ubi plura tractentur a me de hac specie hypothecæ legalis & actione hypothecaria legatariis competente?*

23. *Competit hypotheca legalis in bonis vidui vel viduæ pro restitutione relictorum sub conditione viduitatis. Liberis prioris thori pro restitutione rerum, quæ in pœnam secundarum nuptiarum ad liberos primi thori redire debent. Item pro bonis parentis defuncti aut a linea parentis defuncti profectis & per parentem superstitem administratis, in bona ejus; imo & ex moribus aliquando in bona vitrici vel novercæ. Non pro cæteris adventitiis: cujus tamen contrarium moribus verius.*

24. *An liberis pereat jus hypothecæ pro bonis parentis defuncti in bona superstitis, si mediante transactione* (by Uytkoop) *certa pecuniæ quantitas promissa sit? Et quid juris, si, cum superstes parens omne æris alieni onus in se recepisset, liberi partem oneris solvere per creditore compulsi sint?*

25. *An & hypotheca competat civitati, ecclesiis, piis locis in bonis administratorum? An societati Indiæ* Orientalis *& Occidentalis? An pagis & vicis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, quæ dicuntur* Morgen-Gelden en Mole Gelden?

26. *An & bonis eorum, quibuscum civitas aut Ecclesia contraxit? & quale jus civitati hac in parte datum sit?*

27. *Dominus directus, & dominus antiquus pro canone, solario, censu habet hypothecam legalem in fundum emphyteuticum, superficiarium, censualem. Argentarii in militiam suis nummis creditis emtam.*

28. *Qui crediderunt in refectionem ædium, hypothecam ex lege habent in ipsas ædes refectas. An & Fabri pro mercede operarum? Quid si creditum, sed in refectionem non impensum? Quid si impensa non ea necessitate, sed utilitatis aut voluptatis causa facta sit? Quid si quis crediderit in domus emtionem aut ædium novarum exstructionem? Quid si in aliarum rerum meliorationem, reparationem aut emtionem? An non his retentio rerum competat, si adhuc possideant?*

29. *Moribus hypotheca legalis ei competit, qui credidit in navis refectionem, cujus contrarium jure Romano obtinuit.*

30. *Etiam illis, quorum merces urgente necessitate per magistratum navis distractæ sunt, in ipsa navi: sociis nauticis in navi & mercibus vectis pro mercede debita.*

31. *Universitati agrorum aggere munitorum in prædia istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, molendinorum &c. Redemtori in bonis ejus, quem a Turcis aut Barbaris aliis redemit. Illis, qui suam partem societatis Indicæ vendiderunt ac transcripserunt, in ipsam illam partem, pro pretio necdum soluto. Insolatoribus* (Bleekers) *pro mercede procurati candoris in lineis a se adhuc detentis &c.*

32. *An jus pignoris nascatur ex arresto rei aut personæ, vel recognitione chirographi in judicio? An ex sententia? Et quid juris, si pignora judicati capta sint?*

33. *An domino rei furto oblatæ in rebus furis pro æstimatione, vel in rebus ex pecunia furtiva emtis? An sociis in bonis socii pro eo, quod reliquis sociis jure societatis debitum? An ei, cui annuus reditus ex certo fundo præstandus venditur, si fundus specialiter obligatus non sit?*

34. *Cujus leges spectandæ sint in quæstione, an legalis hypotheca competat in rebus mobilibus & immobilibus?*

1. PRæter primam hypothecæ divisionem in generalem & specialem, alia hoc titulo supponitur, quod nempe expressa sit, vel tacita. De expressa jam actum *tit.* 1. Tacita vel conventionalis vel legalis est. Conventionalis tacitæ exempla plura sunt: veluti, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubentis jam ante pignori obligaverat; cum intelligatur hoc ipso, quod fidejubeat, quodammodo mandare, res suas obligatas esse. Sane si post fidejussorem demum res ejus per debitorem pignori datæ essent, non censerentur obligatæ, *l. Pomponius* 5. §. *ult. ff. h. t.* Sed & si is, cujus res est, instrumentum scripserit, in quo res illa creditori obligatur, vel etiam instrumento tali subscripserit, non ignarus eorum, quæ instrumento cauta sunt, tacite rem suam obligasse creditur, *l. fidejussor impetravit* 26. §. *pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* ibique Groenewegen; secus, si id ignoraverit, arg. *l. Gajus Sejus* 59. *ff. de pignorat.*

act. Praterea hoc ipso, quo id agitur, ut debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat rem certam vendere, res illa existimatur tacite pignoris nexu devincta, *l. creditor* 3. §. *ult. ff. qui potior in pign.*

2. Præcipua vero pignoris taciti non ex lege, sed potius ex conventione seu pactione tacita descendentis, species est in invectis & illatis in prædium urbanum, quippe quæ domino prædii pro pensione ac deterioratione jure pignoris obligata sunt, *l. Pomponius* 2. *l. eo jure* 4. *ff. h. t. l. item, quia* 4. *ff. de pactis*, quod pignoris genus a suis principiis & quasi incunabulis repetit Balduinus *de pignor. cap.* 6. Quemadmodum & fructus prædiorum rusticorum pro mercede, *l. in prædiis* 7. *ff. h. t. l. quamvis fructus ff. h. t.* junct. *l. si servus communis* 61. §. *locavi* 8. *C. de furtis*, sive adhuc pendeant, sive jam a solo separati in messe jaceant, in quantum auctoritate publica interdici potest, ne fructus ex agro in horreum devehantur, nisi soluta prius pensione; sive denique jam in horrea coloni convecti fuerint, uti judicatum refert auctor appendicis decisionum *post consil. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *p.* 20. *in fine*, & *pag.* 21. Atque hinc etiam est, quod divenditis per creditores aut curatorem bonis datum fructibus pendentibus, pecoribusve in prædio conducto pascentibus, in pretio inde redacto potior esse debeat pro pensione debita dominus agri, in quo fructus pendebant aut pecora pascebantur: in quam sententiam extat res judicata in *d. appen. decisionum pag.* 20. *fere in pr.* Plane si fructus ab ipso colono distracti jam sint, pretium eorum tacite obligatum non est, multoque minus fundi, si qui ex fructuum pretio coemti sint, *d. l.* 3. *C. h. t.* Negusantius *de pign. & hypoth.* 4. *membr.* 2. *par. princip. n.* 148. 149. Ipsa quod spectat illata invecta in prædium rusticum, tacite pro pensionibus fundi domino obligata non sunt, sed expressam conventionem desiderant, *d. l. eo jure* 4. *ff. h. t. l. si non inducta* 5. *C. h. t.* Nec contrarium est in *l. certi juris* 5. *C. de locat.*; cum illis verbis satis apertis Imp. Alexander diversitatem juris proponat inter invecta in prædium rusticum, & ea, quæ in urbanum illata sunt, eodem fere modo, quo id ante factum fuerat a Neratio in *d. l.* 4. *ff. h. t.* ac proinde, quando rescribit, ea quæ *voluntatem dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri; ubi autem domus locatur, non esse necessariam in rebus inductis *scientiam domini*; per istam *voluntatem dominorum atque scientiam* nihil aliud quam pactio atque conventio denotatur. Quo modo etiam in *l. Pomponius* 5. §. *item illud* 1. *ff. h. t.* per *voluntatem* conventio intelligitur. Etenim, dum ibi Marcianus ait, voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum, non aliud vult, quam id pacto agi posse, ut non in totam pensionem, sed tantum in partem ejus inducta illata obligata sint. Eodemque sensu *voluntatem* pro expressa novandi conventione Justinianus posuit in *l. ult. C. de novation.* Nec jure novo mutata censeri debent, quæ de illatis in prædium rusticum tacite non obligatis dicta sunt: cum in *l. ult. C. h. t.* nihil aliud a Justiniano constitutum sit, quam, jus taciti pignoris in illatis in prædium urbanum non tantum in utraque Roma, sed & in omnibus provinciis probandum esse. Ipsas meliorationes a colono factas quod attinet, an pignoris jure pro pensionibus teneantur, minus recte disputatur: cum omnes jure soli, adeoque pleno dominio ad locatorem prædii dominum pertineant, sive æstimatio earum colono migranti refundenda sit, sive non; & in casu, quo restitutio facienda est, jure compensationis locator æstimationem a se debitam pro debitis per colonum pensionibus retinere possit; secundum propriam naturam compensationis.

3. Quia tamen prædia quædam rustica sunt, fructum naturaliter haud ferentia, sic ut nec domino securitas pro pensione in fructibus esse possit, ideo placuit, hæc quantum ad jus taciti pignoris in invectis & illatis attinet, non multum a prædiis urbanis separanda esse; qualia sunt stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, *d. l. eo jure* 4. §. 1. *ff. h. t.* areæ triturariæ, & horrea, *l. si horreum* 3. *ff. h. t. l. cum domini* 56. *ff. locati.* Licet enim verum sit, per *horreum* subinde designari locum, in quo homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, *l. nam salutem* 3. §. *effractura* 2. *ff. de officio præfecti vigilum*, non tamen ideo necesse est, ut ad hujus generis horrea restringantur verba *d. l.* 3. *ff. h. t.* cum utique horreum eadem, quæ stabulorum ratio sit; pignoris autem jure teneantur quæ in stabulum invecta sunt, *d. l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Quin imo, si mores nostros spectemus, invecta quoque in prædium rusticum, nec non animalia pascendi causa in pratum conductum immissa taciti pignoris jure affecta sunt. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 19. & *seqq.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 53. Groenewegen *ad l.* 5. *C. locati.* Dummodo meminerimus, nullam nunc apud nos alibique multos hujus taciti pignoris vim esse in invectis & illatis in prædium sive rusticum sive urbanum, nisi illa præcludantur auctoritate publica dum sunt in prædio, aut dum conductor ea transfert, a vigilante creditore in ipso quasi translationis actu arresto, detineantur; quo casu rursus in prædium reducenda, quæ cœperant transferri, sed necdum fuerant ad locum occultationi destinatum delata: eo modo, quo id Romanis singulari jure placuerat in servis in prædium urbanum inductis, quos a dominis manumitti potuisse, quamdiu pensionis nomine præclusi non essent, apertum est ex *l. pen. ff. h. t.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. d. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 21. Groenewegen *ad l.* 9. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 41. & *in parœm. Belgar. Jurisconf.* 7. *num.* 13. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 7. *Instit. de action. n. ult.* & *tract. de mobil. & immobil. cap.* 19. *n.* 8. Qualis præclusio nostris moribus non modo jus hypothecæ locatori firmat, sed & prælationem ei tribuit, licet jure Romano simplex tantum hypotheca videatur competiisse. Ant. Matthæus *d. cap.* 19. *n.* 41. & 74. & jure Amstelodamensi tantum anni unius & præterea anni labentis pensio prælationem habeat. *Keuren van Amsterdam, derde Deel* 1. *boek pag.* 257. *col.* 2. *art.* 21. Eoque fundamento a Curia Ultrajectina judicatum fuit, dominum ædium in rebus præclusis potiorem esse pupillis, quibus idem ille ædium conductor ex administratione tutelæ jam ante cœperat obligatus esse, 14. *Decembr.* 1675. *in de zake Pieter de Graaf, Heer van Zuyd-Polsbroek & c. en de Mombers over de Onmondige Kinderen*

van Cornelis Melissen. Licet jure novissimo tantum sit prælatio pro triennii pensionibus. Ordonn. op de veisenissen en hypoth. 18. Januarii 1700. art. 18. Sane peracta translatione ante præclusionem, nullum ulterius domino urbani rusticive prædii in translatis superest pignoris aut prælationis jus. Sed &, si post præclusionem rite factam invecta ac præclusa clam alio translata fuerint, cogi quidem conductor potest auctoritate judiciali, ut ablata transportata reducat in prædium, in quo præclusa, quod & legibus Mechliniensibus disertim cautum, tit. 8. art. 14. in fine. Adde Rebuffum ad constit. reg. tom. 1. de liter. oblig. art. 4. gloss. 2. n. 29. verum quamdiu id re ipsa præstitum non est, vix est, ut prædii domino renatum prælationis jus in præjudicium creditorum aliorum sola personali actione, non privilegio, munitorum, longeque minus in præjudicium illorum, in quos in bona fide positos conductor fraudulenter subductorum dominium oneroso titulo translatum voluit, cum mobilia nullam moribus sequelam habeant; utcumque aliter hic visum fuerit Christinæo, dum ad Leg. Mechlin. tit. 8. art. 14. n. 9. & seqq. scripsit, mobilia quidem non manere obligata, si bona fide alienata sint; at omnino, quoties dolose in detrimentum locatoris exportantur, transferuntur, aut alienantur: cujus tamen sententia ex illa lege municipali, quam illic interpretatur, firmari non potuit; cum non aliud illic caveatur, quam id, quod eductum est, ad locatoris desiderium oportere reduci; ut inde merces conductionis persequatur, atque adeo personalis tantum obligatio imponatur conductori ad factum reductionis, quo per & post reductionem pignoris jus redintegretur. Nam si & post exportationem dolosam duraret ipso jure pignoris vinculum, nulla fuisset conductori imponenda reductionis necessitas, sed locatori simpliciter rerum elatarum, velut adhuc pignoris nexu devinctarum, persecutio danda foret.

4. Nihil autem interest, qualia bona invecta illata sint: neque enim supellex sola, proprie sic dicta, aurum, & argentum, & ornamenta, & vestes, & arma, & gemmæ, & mercium venalium universitas, & numerata pecunia, & jumenta, et servi, et quicquid a conductore inductum fuit, pro pensionibus obligata teneri possunt, arg. l. pen. ff. h. t. Christinæus ad Leg. Mechlin. tit. 8. art. 14. in notis ad num. 13. Neque hic inter bona minorum ac majorennium conductorum distinguendum puto; tum quia generaliter obtinuit, æque res minorennium, ac eorum, qui jam legitimam impleverunt ætatem, hypothecæ legalis vinculo obstringi, ne alioquin minorem legi vim tribuamus quam magistratuum a lege potestatem habentium decreto, quo interposito vel ipsa immobilia minorum bona pignori obligati, et judicati causa pignori capi, & jure prætorii pignoris per missionem in possessionem affici, expeditum est, l. 2. l. 3. §. pignori 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, sine decret. non alienand. l. Fulcinius 7. §. plane 10 ff. quib. ex causis in possess. eatur. Tum quia tutores & curatores utiliter res mobiles minorum, inter quas & illata ac invecta, pignori obligant pro credito, quod in utilitates pupilli versum esse, l. tutor., lege 16. pr. ff. de pignorat. act. l. curator 3. C. si res aliena pign. data sit, arg. l. si pupillorum 7. §. si obligavit 5. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt etc. at nihil magis videri potest versum in rem minoris, quam quod ad eum alendum erogatum est; erogatum autem in alimenta, dum in usum minoris habitatio conducitur, quam una cum cibariis atque vestitu sub alimentis comprehendi, constat ex l. legatis alimentis 6. ff. de alimentis vel cibar. legatis. Tuldenus ad tit. Cod. quæ res pignori dari n. 6. Montanus de tutelis cap. 33. n. 458. Negusantius de pignor. et hypoth. 4. membr. secund. partis, num. 73. 74. Sande de probib. alien. par. 1. cap. 1. §. 3. num. 51. Andr. Gayl lib. 2. observ. 83. num. 9. et seqq. Christinæus ad Leg. Mechlin. d. tit. 8. art. 14. n. 6. 7. Rodenburch de jure conjugum tit. 2. cap. 3. num. 11. pag. 226. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 48. 49. Parens p. mem. Paulus Voet de mobil. et immobil. cap. 13. n. 2. Similiter nec tacitæ huic hypothecæ exemta censeri debent invecta studiosorum, sive supellex alia sive libri sint; cum nuspiam tale privilegium huic hominum ordini indultum inveniatur, neque ulla alia sæpe domino locatori musæi securitas sit, ac facile insalutato hospite migraturus esset peregrinis in locis hærens studiorum gratia, si supellex libraria, ultra quam plerumque nihil eo in loco possidet, pro musæi pensione non esset devecta. Berlichius par. 1. conclus. pract. 67. n. 65. 66. Vinnius tract. de pactis cap. 12. n. 9.

5. Non aliter tamen invecta & illata pignoris taciti jure tenentur, quam si conductoris propria sint, aut aliena quidem, sed domini consensu in prædium conductum ita inducta, ut perpetuo ibi sint, seu in usum conductoris habeantur, veluti lecti, sedilia, instrumenta artis quam conductor in domo exercet, quasi hoc ipso dominus tacite consenserit in hanc tacitam rerum suarum obligationem, saltem in subsidium deficientibus proprii conductoris illatis; nec possit videri extra fraudem esse, dum sciens hoc agi per conductorem, dissimulavit, nec admonuit locatorem, arg. l. si probaveris 2. C. si aliena res pign. data sit, l. si sine voluntate 5. C. ad Senatusc. Vellejanum. Menochius de arbitrar. judicum lib. 2. casu 441. n. 5. Matt. de Afflictis decis. 184. Christinæus ad Leg. Mechl. d. tit. 8. art. 14. n. 8. Responsa Jurisc. Holl. par. 5. consil. 52. et 53. Qua occasione animadvertendum ulterius, non alia domino prædii sive rustici sive urbani teneri jure pignoris, quam quæ illata ac invecta fuerint, adeoque non ex sola conventione, sed ex ipsa demum illatione nasci pignoris jus; adeo ut, si colonus convenerit, ut inducta, illata, pignori sint, & antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior sit futurus qui specialiter pure accepit: quia in potestate debitoris erat, an & quæ bona inferre velit, & illatione obligata efficere, adeoque adhuc verum erat, sine voluntate ejus nasci non potuisse pignoris jus, l. potior est 11. §. si colonus 2. ff. qui pot. in pign. Donellus de pignoribus cap. 12. vers. secundo num. idem. Sed & secundo sciendum, ne omnia quidem illata teneri, sed ea sola, quæ ea mente per conductorem invehuntur in prædium, ut illic sint, id est, permaneant durante tempore conductionis, sive in prædiis urbanis de jure tacitæ, sive in rusticis de jure expressæ in illatis invectisque hypothecæ, secundum jus Romanum quæstio sit, cum id generaliter de invectis & illatis definiat Pomponius in l. in prædiis 7. §. 1. ff. h. t. Scævola in l. debitor 32. ff. de pignorib. et hypoth. Menochius de arbitrar.

jud. lib. 2. *casu* 441, *n.* 3. *et* 4. Mantica *de tacitis et ambig. convent. lib.* 11. *tit.* 15. *n.* 38. Cui consequens est, ut neque commodatæ conductori res ad modicum tantum tempus, neque depositæ apud eum, aut pignori ei datæ, pignori esse intelligantur, longeque minus, si quæ conductori tanquam artifici commissa fuerint, veluti lanea linea apud textorem, pannus apud sartorem fullonemve repertus, & quæ hujus sunt generis alia plura, nisi jus aliud statutis nominatim inductum appareat. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 52. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 55. 56. Et quia merces singulæ in tabernam eo inferuntur animo, ut quantocius distractæ rursus afferantur; hinc nec singula corpora, sed sola mercium universitas, pro pensionibus tabernæ obstricta censeri debuit arg. *l. pen. ff. de pignor. et hypoth.* etsi nostris moribus, quibus præclusio illatorum requiritur, parum refert, utrum universitatem mercium an singula corpora devincta dicamus, cum utique illa, quæ præclusionis tempore in taberna reperta sunt, tacite obligata intelligantur, arg. *l. grege* 13. *pr.* & *d. l. pen. ff. de pignor. et hypothecis.* Confer Menochium *de adipiscenda possess. remedio* 3. *n.* 125. *et seqq.* Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 4.

6. Usque adeo autem invecta in prædium urbanum tacite obligantur, ut etiam secundi conductoris bona non primo tantum conductori teneantur, sed & primo locatori, atque adeo locator primus ea quoque possit præcludere. Quod aperte satis innuit Ulpianus in *l. solutum* 11. §. *solutam* 5. *ff. de pignorat. act.* dum de eo disputans, an bona secundi conductoris in universam teneantur pensionem a primo promissam, ait credibile non esse, quod convenerit, ut ad universam insulæ conductæ pensionem frivola secundi conductoris tenerentur, ideoque in eam duntaxat summam invecta secundi ac illata obligari, in quam ille rursus conduxit. Quæ hæsitatio inepta prorsus esset, si non primo locatori res secundi conductoris devinctæ forent; cum non secundo sed soli primo locatori illa locationis primæ merces major debita sit, & in definienda quæstione, an secundi conductoris illata primo tenerentur conductori ultra pensionem sibi a conductore secundo constitutam, non præsumtio quædam probabilis, aut credibilitas, sed certa juris principia, in decisionem advocanda fuerint, scilicet ea non ultra teneri posse primo conductori, quam quatenus ipse mercedis promissæ creditor est, ne accessoria pignoris obligatio sine principali sit. Nec hisce contradicit Paulus in *l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. locati*, eo quod illic de invectis illatis in prædium rusticum sermonem esse, tum *fundi* tum *coloni* tum denique *fructuum* tacite obligatorum mentio evincit abunde. Quemadmodum ergo primi coloni bona tacite obligata non erant, sed expressa indigebant conventione, ita & coloni secundi illata non esse in causa pignoris, ratio dictat. Minus obstat *l. Pomponius.* 5. *ff. h. t.* quippe in qua non de secundo conductore, sed gratuitam habitationem habente, & ad pensionem haud obligato tractatur. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 80. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 7. *n.* 2. 3. 4. 5. Cumque nostris moribus receptum sit secundum ante dicta, etiam in rusticum illata prædium taciti pignoris jure teneri, non dubium, quin & coloni secundi invecta illata nunc primo quoque locatori teneantur, sed in eam duntaxat quantitatem, in quam conductor secundus se primo prædii colono devinxit, arg. *d. l.* 11. §. 5. *ff. de pignorat. act.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 54.

7. Ceterum etsi inter Romani juris auctores æque ac inter hodierni juris interpretes constet, fundo per primum colonum rursus elocato, fructus ex causa taciti pignoris primo locatori devinctos permanere, utcunque secundus conductor eos percipiat, *d. l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. locati*, non tamen illud æque expeditum est, an in integram primo locatori debitam, an duntaxat in minorem a conductore secundo promissam teneantur pensionem; dum forte prædium conductor locavit aureis octoginta, quod ipse centum aureis habebat conductum. Et quamvis nonnulli hic idem probent, quod in illatis invectisque secundi conductoris superius est traditum, ut plenius prosequitur Ant. Matthæus *d. cap.* 19. *n.* 54. magis tamen & rationi & juri & æquitati consentaneum videtur, sublocato prædio, fructus in integram pensionem obstrictos fore, quam sibi primus locator pactus fuit, ut ut vilioris prædium sublocatum sit. Suadent id ipsa Pauli verba in *d. l.* 24. §. 1. *ff. locati*, quando ait, *fructus in causa pignoris manere, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset*; quod falsum esset, si non in eandem quantitatem manerent obligati. Suadet insuper argumentum ab emtione petitum: etenim, quemadmodum venditori liberum est rem venditam retinere donec pretium integrum exsolutum sit, etsi forte primus emtor secundo rem eandem vilioris vendidisset, emtorque secundus suum, quod promiserat, pretium offerret venditori, vel etiam unus ex pluribus unius emtoris heredibus pro sua parte hereditaria solveret pretii partem, quo fundi emti partem pro rata consequeretur, *l. fistulas* 78. §. *quid fundum* 2. *ff. de contrah. emt. l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *de act. emti*, quemadmodum insuper venditori licet rem ipsam jam traditam, a quovis persequi possessore, quoties neque pretium solutum, neque fides de eo habita est, *l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tributor. act.* §. *vendita vero* 41. *Instit. de rerum divis.* idque, quia post venditionem usque ad traditionem adhuc dominus permanet, *d. ll.* & §. *quum autem* 3. *in fine Inst. de emt. vendit.* ita quoque justum censeri debet, fundi dominum fructibus inde natis incumbere posse, donec integra pensio soluta sit, utcunque vel plures ejusdem coloni heredes extiterint, vel sublocatio alteri mercede minore facta sit, ne alioquin locatori per conductoris primi sublocationem pereat retentio fructuum, velut taciti pignoris jure quæsita. Præsertim si consideres, ipsum quoque prædii locati dominum post locationis contractum interpositum manere dominum fructuum pendentium, quippe qui partes fundi esse intelliguntur, neque aliter, nec ante, jure dominii acquiruntur colono, quando & quia per eum ex voluntate domini vel expressa vel saltem tacita separantur a solo, ac percipiuntur, *l. si servus communis* 61. §. *locavi* 8. *ff. de furtis*, junct. *l. si apes* 26. §. 1. *ff. eod. tit. l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic.* qualis consensus tacitus cum non nisi salvo pignoris jure in fructibus percipiendis intelligatur intervenisse, si primus colonus eosdem separasset, etiam durare debuit idem jus pignoris in fructibus pro solida pensione domino debita, licet alius a primo colono causam habens eos-

dem percepisset. Atque ex hoc etiam fundamento ab Hugone Grotio scriptum arbitror, fructus, qui a colono percipiuntur ex fundo, eidem traditos fingi a locatore, *Manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. quibus similia tradit Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 21. *in pr.* Venditur scilicet ipse fundus, sed & separatim venduntur fructus fundi pendentes *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contrah. emt.* qualis inde iniquum non fuerit, parem locatori pro integra mercede debita asseri fructuum retentionem, qualis venditori rerum venditarum retentio velut jure pignoris pro pretii integri solutione obtinenda per leges data est.

8. Legalis hypothecæ plures in jure nostro species occurrunt. Primo namque fisco (& ad ejus exemplum Principi, *arg. l. fiscus, cum* 6. §. 1. *ff. de jure fisci*) data est in bonis administratorum *l.* 1. *C. de jure fisci*, ut & eorum, quibuscum contraxit, *l. certum est* 2. *C. h. t.* arg. *si pignus* 8. *ff. qui pot. in pignore*, nec non in bonis civium pro tributis ac censu, *l.* 1. *C. h. t. l.* 1. *S. si propter publ. pensitat. venditio celebr. l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis, tot. tit. C. sine censu & reliquis fundum compar. non posse*, sive tributa illa ac onera ordinaria fuerint, sive extra ordinem, urgente necessitate publica, indicta; sive ipsi debeantur fisco, sive civitati, cui a Principe ad sublevandas civitatis angustias tributa quædam aut vectigalia exigendi facultas concessa est, convenienter *l. vectigalia* 10. *C. de vectigal. & commiss.* Carpzovius *defin. for. parte* 1. *const. tit.* 28. *defin.* 47. & 49. Qua ratione etiam cautum in Hollandia, civitates pro tributis sibi debitis, exemplo reipublicæ habituras hypothecam legalem in bonis eorum, qui talia tributa aut vectigalia conduxerunt, aut conductorum socii sunt, aut fidejussores. *Placit. Ordin. Holl.* 9. *Augusti* 1658. *vol.* 2. *placit. pag.* 1129. &. *placito* 24. *Febr.* 1659. *vol.* 3. *pag.* 592. Quin &, si tributa, vectigalia, census, publicanis elocata fuerint, hi quoque, tanquam fiscum vi conductionis repræsentantes, pro horum omnium exactione hypothecam habent in bonis illorum, qui ista debent; cum a fisco jus omne redemerint, quod fisco competebat; quod in Hollandia judicatum memorat auctor appendicis decisionum *post Resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 22. *fere in pr.* Sed quo magis ad vigilandum instigentur publicani, & ne mole nimia onerum, a multis retro annis debitorum, simul & semel cives obruantur, in Hollandia constitutum, publicanos legalis hypothecæ jus exercere non posse, nisi intra sex menses, computandos a tempore finitæ conductionis illius, cujus vi ipsis jus exigendi tributa & onera publica addictum fuit, exactionem inchoaverint, ac sine interruptione prosecuti sint. *Generale Ordonnantie op de verpachtingen der gemene landsmiddelen van Holland. an.* 1654. *art.* 29. *vol.* 1. *placit. pag.* 1653. 1654. quæ & repetita postmodum, *vol.* 3. *placit. pag.* 816. *art.* 44. ubi & jus paratæ executionis restrictum ad quatuor menses post finem istius conductionis *art.* 43. Sed &, cum exactoribus tributorum, quæ dicuntur *convoy en licet gelden*, injunctum esset, ut præsentem exigant solutionem, nec ulli fidem habeant nisi suo periculo, definitum insuper, eo casu, quo fidem habuerint mercium dominis, jus hypothecæ ipsis non ultra quatuordecim dies a tempore faciendæ solutionis paratæ durare. *Instructie voor de Collecteurs en Pachters van convoyen en licenten* 11. *Julii* 1537. *art.* 15. *vol.* 1. *placitor Holl. pag.* 2323. Plane jus hypothecæ legatis pro tributis immobilium, quæ appellantur *verpondingen*, quorumque exactio in urbibus Hollandiæ magistratui urbano velut jure quodam redemtionis nunc competit, nullo temporis brevioris lapsu perire, judicatum fuit. Jacobus Coren *observat.* 17. in prædiorum rusticorum tributis quid juris sit, definit placit. Ordin. Holl. 1. *Augusti* 1658. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1127.

9. Non tamen fisco competit hypotheca legalis pro multis ac pœnis in bonis delinqoentium. Quod ut manifestius evadat, distinguendum, utrum ob crimen bona omnia delinquentis aut pars eorum, veluti, dimidia, tertia, publicari debeat; an vero certa tantum pœna pecuniaria, velut centum aureorum aut alterius quantitatis, imponenda sit. Si enim bonorum publicatio in totum aut ex parte delicto proposita sit, creditores reliqui, utcunque simplices chirographarii, fisco potiores sunt, in quantum tunc fiscus bona delinquentium non percipit nisi cum oneribus, nec intelliguntur bona esse, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, ut jure publicationis fisco cedant, *l. non possunt* 11. *l. Statius* 48. §. *Cornelio Felici* 1. *ff. de jure fisci*, *l. si quis dolo* 2. §. *ult. ff. si quis aliquem testari probib. vel coeg.* junct. *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verbor. signif.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 179. & *parte* 5. *vol.* 2. *consil.* 166. Si vero certa tantum pœna fisco pendenda sit, salvis bonis, veluti ex lege Julia repetundarum, residui annonæ, &c. nullam quidem ante alios creditores chirographarios prælationem fiscus habet, sed nec iisdem postponendus est, adeoque magis cum iis concursurus pro rata, exemplo privatorum, quibus pœnarum persecutio competebat ex furto, rapina, aut alio simili delicto privato. Quod enim a Modestino pro regula traditum est, *omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi, l. in summa* 17. *ff. de jure fisci*, uti etiam ab Alexandro rescriptum fuerat, *rem suam persequentibus pœnæ exactionem postponi, l. unic. C. pœnis fiscalibus creditores præferri*; id jam ante a Papiniano eam receperat interpretationem, ut nempe solum prælationis privilegium pro pœnis fisco denegaretur, non vero jus commune concursus, quod & privatis competebat, dum in *l.* 37. *ff. de jure fisci* ait: *quod placuit, fisce non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat*; adeoque pro qua parte creditores reliqui simplices suum possunt creditum consequi, pro ea etiam fiscus pœnam consequatur, nec aliter solidæ pœnæ exactionem habeat, quam si & creditores ex patrimonio delinquentis solidum possint salvum habere: vel secundo, *d. l.* 17. *ff. de jure fisci* accipi potest de casu, quo publicatio bonorum facta erat, convenienter legi *Statius Florus* 48. §. *Cornelio* 1. *ff. de jure fisci.* Non desunt interim, qui fisco pro pœnis hypothecam aut saltem prælationem tribuunt ex die condemnationis, quia judicio atque sententia quasi contrahitur, *l. licet tamen* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. de peculio*, Peregrinus *de jure fisci lib.* 6. *tit.* 6. *n.* 12. Negusantius *de pignor.* 4. *membr.* 2. *part. n.* 115. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 23. *defin.* 104. Sed vix est, ut hoc probetur; cum privilegia strictam recipiant interpretationem, maxime ubi de

pœnarum persecutione quæstio est; adeo ut nec minor, cui alias facile ex ætatis beneficio restitui solet, adversus omissam pœnæ persecutionem restituendus sit, *l. auxilium* 37. *ff. de minor.* 25. *annis.* Ac proinde, licet in bonis eorum, quibuscum fiscus contraxit, hypothecam habeat, non tamen ideo in bonis eorum, qui principaliter ex delicto obligati sunt, licet postea aliquo respectu & ad quosdam effectus judicio atque sententia contrahi videatur. Statque pro hac sententia post Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 17. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 41. Jure tamen singulari id apud nos datum societati Indiæ Occidentalis, ut, quoties in pœnam incidunt illi, quorum ministerio utitur, retentionem mercedis & salariorum quin & prædæ habeat, perinde ac si nunquam mercedem hisce debuisset, *Artikel-Brief van de West-Indische Compagnie* 12. *Apr.* 1777. *art.* 15. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1347. Sed &, licet fiscus pro pœnis ipsis prælationem non habeat, tamen si reus criminis in expensas litis damnatus sit, pratores, advocati fisci, aliique similes fisci nomine publicam peragentes accusationem, pro hisce recuperandis potiores sunt reliquis delinquentis creditoribus in bonis ejus; tum quia hæc impensa per eos ex officii necessitate facta est; tum quia reipublicæ interest peccata nocentium & innotescere & puniri, *l. sive reo* 70. §. *ult. ff. de fidejussorib. l. eum qui nocentem* 18. *ff. de injuriis*, quod rarius fieret, si ancipiti sumtuum periculo gravarentur publici tales accusatores, ob denegatam in bonis damnati pro hisce prælationem, Peregrinus de *jure fisci libr.* 5. *tit.* 1. *n.* 193. Quod & praxi in Hollandia servari, Hugo Grotius testatur in Responsis Jurisconsf. Holl. *part.* 3. *volum.* 2. *consil.* 166. & Petrus Bort. *Tract. van criminele zaken. tit.* 12. *part.* 5. n. 19. & *seqq. pag. mihi* 227. Plane Ultrajectini & prælationem & concursum negant fisco pro pœnis multisque, *placito* 18. *Jan.* 1700. *art. ult.*

10. Non etiam hypothecam legalem fiscus habet, quoties successit in locum privati, idque temporis anterioris intuitu; nam ratione futuri temporis suum adhuc privilegium exercet, *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*, quod latius traditum *tit. de hered. vel act. vendita num.* 13. *in fine.*

11. Est & pupillis ac minoribus data legalis hypotheca in bonis tutorum ac curatorum ex constitutionibus Principum, cum antea solum inter chirographarios privilegium competiisset, *l. pro officio* 20. *C. de administrat. tut. l. unic.* §. 1. *Cod. de rei uxor. actione.* Sive curator generalis sit, sive ad unum actum, veluti ad litem pro pupillo vel minore exercendam datus, Mugnoz *de ratiocin. t.* 39. *n.* 3. Montanus *de tutelis c.* 31. *effectu* 2. *n.* 14. sive extraneus, sive mater aut avia tutelam gerat, arg. *l. si mater* 6. *Cod. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 4. *in med.* Etsi enim in *l.* 3. *C. quando mulier. tut. off. fung.* cautum sit, mulierem tutelam liberorum suscipientem debere *suam substantiam supponere*, non tamen inde concludendum, legali hypothecæ locum non esse: cum potius prudenter a Justiniano suppositio illa mulieri injuncta videatur, ne alias ignorantiam juris forte prætendat, quæ mulieribus sæpe impunita est, atque adeo per susceptionem tutelæ, quæ talem omnium bonorum hypothecam comitem habet, sese captam queratur. Illud expeditum est, legalis hypothecæ jus pupillis nasci in bonis vitrici, quem mater tutrix, non petito liberis tutore alio nec redditis rationibus ac reliquis restitutis, superinducit, idque pro tutelæ totius administratione, etiam ante matrimonium secundum per matrem gesta, *l. si mater* 6. *C. h. t. Nov.* 22. *cap. si autem* 40. Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 2. & 4. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 90. *num.* 2. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 4. *pag.* 319. & 320. D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 5. *num.* 2. Quin & in bonis uxoris, cum maritus tutelam stante matrimonio suscepit, nostris moribus competere pupillo pignus legale probabiliter defendi putat Rodemburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. etiam tunc, cum marito Ultrajectino voluntaria alienatio rei uxoriæ sine consensu uxoris, dum prole communi caret, adempta est; quod etsi admitti possit, ubi vel statutaria omnium bonorum saltem quæstuum communio inter conjuges exclusa non est, falleret tamen si uxor omnino dotem sibi salvam pacta sit, & ita reduxerit dotium privilegia jure Romano novissimo recepta.

12. Quia vero in locum veteris privilegii inter chirographarios successit jus hypothecæ legalis, hinc concludendum videtur, etiam jure novo hypothecam legalem nasci pupillis & aliis similibus, in omnibus illis casibus, quibus jure veteri privilegium inter chirographarios invenitur tributum, licet id non ita nominatim in legibus posterioribus hypothecæ mentionem habentibus expressum sit, arg. *l.* & *mulieri* 15. §. *de curat. furioso & aliis extra min. dandis.* Quibus consentaneum est, pupillis quoque legalem tribui hypothecam in bonis protutorum, *l. dabimusque* 19. §. 1. *ff. de rebus auctor. jud. possid.* & *vend. l. ult. ff. de tut.* & *ration. distrah.* Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 24. *defin.* 14. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 229. *in fine*, nec non in bonis actoris qui tutori adjungitur ad negotia pupillaria expedienda, ut & in bonis procuratoris, *l. properandum* 13. §. *ult. C. de judiciis*, eo quod pupilli intuitu parum interest, utrum actor aut procurator an tutor ea gerat, quæ pupillus per ætatem gerere nequit, sive ab ipso tutore, sive a judice actor electus sit; cum inter hos sufficiens diversitatis ratio non sit, licet nonnullis placuerit, in bonis actoris a judice dati non esse pupillo tribuendum hypothecæ jus, ut notat Montanus de *tut. cap.* 31. *effectu* 2. *num.* 16. & *seqq.* Sane, si etiam hypotheca legalis exemplo antiqui privilegii pupillis competat in bonis eorum, qui, cum neque tutores essent neque pro tutore gererent, ex solo amicitiæ officio gesserunt negotia impuberum, ut auctor est Paulus in *l. si negotium* 23. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* quales tamen minus sunt similes tutoribus, quam quidem actores a judice constituti; non est, cur non in actorum quoque talium bonis hypotheca legalis pupillis defendatur.

13. Ex eodem fundamento non pupillis tantum & minoribus, sed & furiosis & mente captis, & prodigis, & debilibus, & surdis, & mutis, & generaliter omnibus, quibus ob ætatem aut animi corporisve vitium ex decreto curatores dantur, jus hypothecæ legalis asserendum est; quippe quibus omnibus olim personale in bonis curatorum privilegium a Jurisconsultis assertum fuit, *l.* & *mulieri* 15. §. 1. *ff. de curator. furioso & aliis extra minor. dandis, l. dabi-*

murque 19. §. 1. in fine, & ll. seqq. ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend. l. ult. ff. de tutel. & rationib. distrah. Prodigo sane uti aperte d. l. 15. privilegium dedit, ita non recte quis in contrarium objecerit, beneficiis legum atque privilegiis indignos esse, qui non casu sed culpa imo dolo suo proprio in eam deducti sunt conditionem, ut opis alienæ indigeant, quales procul dubio prodigi videntur. Etenim non tam culpa, quam impetus quidam furoris in iis est, ubi primum a frugalitate vel tantillum cœperunt deflectere, unde & tales *furiosum facere exitum, quantum ad bona attinet*, a D. Pio rescriptum fuit, *l. his, qui 12. in fine ff. de tut. & curat. dat. ab his, qui jus dand.* Scilicet, quod de ira Seneca *lib. 1. de ira cap 7.* id ad prodigalitatem merito transtuleris. *Quarundam*, inquit, *rerum initia in nostra potestate sunt, ulteriora nos sua vi rapiunt, nec regressum relinquunt. Ut in præceps datis corporibus nullum sui arbitrium est, nec resistere morarive dejecta potuerunt, sed consilium omne & pœnitentiam irrevocabilis præcipitatio abscidit, & non licet eo non pervenire, quo non ire licuisset, ita animus, si in prodigalitatem aliosque se projecerit affectus, non permittitur reprimere impetum. Rapiat illum oportet, & ad imum agat suum pondus & vitiorum natura proclivis.* Imo, uti ira, & prodigalitas, furor est; nec, si furiosis privilegium vindicaveris, id prodigis ex eo, quod initium prodigalitatis ab ipsis proficiscitur, jure neges: cum & multos sua culpa in furorem incidisse, ac perdurasse constet, iræ potissimum nimis indulgentes: nam ut idem Seneca *lib. 2. de ira cap. ult. ira celerior nulla ad insaniam via est. Multi continuarunt iræ furorem, nec quam expulerant mentem, unquam receperunt. Ajacem in mortem egit furor, in furorem ira.*

14. Plane pupillis reliquisque jam enumeratis jus hypothecæ ex lege non recte asserueris in bonis magistratuum, qui subsidiaria pupillis actione tenentur, *l. 1. §. privilegium 14. ff. de magistrat. conveniendis*, nec in patrimonio executoris supremæ voluntatis, qua personæ tales institutæ vel legato honoratæ sunt; eo quod talis executor non propter pupillos, aut generaliter propter testamento honoratos, sed magis propter ipsum testatorem videtur constitutus, ut ejus voluntas effectum sortiatur. Nam &, si bonis debitoris obærati ac latitantis aut ab hostibus capti, aut dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, curator datus sit, nec olim privilegium, nec jure novo pignus legale, tributum fuit, quin nominatim denegatum creditoribus in bonis talis curatoris, *l. idem privilegium 22. §. 1. ff. de reb. auctor. jud. possid.* utcunque inter creditores pupilli aliique similes numerentur; cum hic non ætatis sed tantum crediti consideratione curator constituatur, quo fit, ut pupilli jure cum majorennibus aliis communi uti debeant. Responsa Jurisc. Holl. *par. 4. consil.* 199. *n.* 2. Sed nec in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt, legalis hypotheca jure civili pupillis data apparet; nec moribus nostris ulla ipsis ex ætate ante alios creditores prælatio competit in bonis debitoris; nisi camera pupillaris pecunias pupillares fœnori collocaverit *op Weeskamers-Recht*, quo casu prælationis jus pupillis competit, quamdiu minores sunt; nam si majores facti sortem haud repetierint, sed acceptis usuris aut aliter de novo fidem debitori habuerint, cessaret illud personale prælationis jus, aliaque similia, quæ pupillaris ætatis favore peculiariter recepta sunt. Responsa Jurisc. Holl. *par. 4. consil. 267. pag. 462.* Similiter nec in bonis heredum tutoris hypotheca legalis pupillis quæritur; maxime, cum supr. *tit.* 1. jam fuerit adstructum, ne sub expressa quidem hypotheca generali bona heredum contineri, quoties id nominatim actum non est; in generali autem legali expressa conventione id actum intelligi naturali ratione non potest, arg. *l. Paulus respondet* 29. *ff. de pignor. & hypoth.* Montanus *de tutelis cap. 31. effectu 2. n. 36. 37.* Resp. Jurisc. Holl. *par. 1. consil.* 300. *in fin.*

15. Denique nec in rebus ex pupillari pecunia comparatis singulare legalis hypothecæ jus pupillis satis ex jure adstruitur pro pecuniæ talis repetitione, quamvis plerisque contra videatur, inter quos Negusantius *de pignor. 2. membr. 5. par. princip. n.* 19. Berlichius *par. 1. concl. pract.* 65. *n.* 145. Bachovius *ad Treutlerum vol. 2. disp. 24. th. 7. lit.* D. Carpzovius *defin. for. par. 1. const. 28. defin.* 109. Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 19. num.* 39. Etenim, si tutor ipse emerit ex pecunia pupillari, electio quidem pupillo competit, utrum rem sua pecunia emtam utiliter sibi vindicare malit, an ejusdem quantitatis nummos repetere, *l. si tutor 2. ff. quando ex facto tut. vel curat. minores agere*, *l. si pecuniam 26. ff. de reb. creditis*, nec dubium, quin, si nummorum prætulerit repetitionem, legali hypotheca æque in re suis nummis emta, ac in quibusvis aliis tutoris bonis munitus dici debeat; cum ita tutor ex administratione tutelæ ad pecuniam talem reddendam devinctus sit. Sed si extraneus nummos pupillares in rerum certarum emtionem mutuos acceperit, non aliter in rebus emtis sibi pignus asserere potest, quam si id ipsi expressa conventione constitutum sit. Pignoris certe eo casu a lege dati altum in jure silentium est; neque de legali sed conventionali pignore agunt leges illæ, quæ pro contraria opinione adduci solent, puta, *l. idemque est 7. ff. qui pot. in pign. l. sed si pecunia 3. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt sine decreto non alienand.* Cohæret enim lex tertia legi secundæ, & parti posteriori legis primæ, ubi de conventionali pignore sermo est, ac, cum quæreretur, an non tutor posset prædium pupillo emtum pignori obligare venditori sine decreto in pretii adhuc exsolvendi securitatem, idque aperte negaretur mox in *l. 3.* subjungitur exceptio, in qua pignus conventionale etiam sine decreto tenet in prædio per pupillum emto, scilicet si pupillaris pecunia pupillo emtori subministrata fuerit ad prædium emendum cum pactione expressa, ut illud pro nummis pupillaribus pupillo alteri in emtionem creditis obligatum esset. Cujus exceptionis ea probabilis ratio est, quod privilegiatum suo non soleat uti privilegio; quo fit, ut decreti solemnitas ad pignoris in immobilibus constituendis firmitatem non ita desideretur, cum pupillus in prædium emendum credidit cum pacto pignoris, atque quidem cum extraneus sic credidit, vel ipse venditor majorennis sic voluit de pretio sibi debito fidem habere pupillo emtori. Unde & in *d. l.* 2. non proponitur quæstio, an prædium pecunia pupillari pro alio pupillo comparatum pignori sit, *sed an pignoris obligationem possit habere pupillus is, cujus pecunia fundus est emtus.* Nec absimilis responsio est ad *d. l. 7. ff. qui pot. in pignore*, quippe quæ itidem cohæret legi præcedenti quintæ ac sextæ, nec definit, an expressa, an vero tacita hypotheca competat; sed tantum exponit, quo mo-

do in pignore *interdum posterior potior sit priore*, juxta verba prima *d. l.* 5. cumque id varie probaretur exemplo ejus, qui in rei jam alteri obligatæ conservationem credidit; quia talis pecunia tunc salvam fecit totius pignoris causam, nec non exemplis aliis tandem etiam id demonstrat Ulpianus in *l.* 7. exemplo pupilli, ex cujus pecunia res comparata erat, quem in ea re emta vult potiorem esse aliis anterioribus emtoris creditoribus, quia pecunia talis credita & pretii loco numerata effecit, ut dominium emtori quæreretur; & itaer editori generalem hypothecam habenti nasceretur in ea re pignoris jus. Nec pupilli mentio ibi facta est, quasi jus quoddam singulare esset in pupillo, nummos in emtionem rei alicujus credente, cum in verbis sequentibus ejusdem *l.* 7. id, quod de pupillo dictum fuerat, generaliter asseratur de omni alio in emtionem rei credente, dum dicitur, *quod si res non in totum ex nummis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est, & antiquioris, & ejus cujus nummis comparata est.* Constat autem, iis, qui pecuniam crediderunt in rei emtionem, jus pignoris non nasci, sed solam personalem dari actionem, nisi specialiter aut generaliter res emta ipsis per emtorem obligetur, *l. quamvis ea pecunia* 27. *Cod. de pignorib. & hypothec.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1, *const.* 28. *defin.* 107. 108.

16. Illud non satis expeditum est, an & pupillo legalis hypotheca competat in bonis tutoris pro iis, quæ tutor vel ante delatam sibi tutelam cœperat pupillo, ut ei, cui is heres extiterat, debere, vel durante tutelæ administratione, dum forte pupillus auctore tutore adivit hereditatem ejus, cui tutor ipse obligatus erat? Certi utique juris est, tutorem non ab aliis tantum pupilli debitoribus, sed & a se exigere oportere, si quid ipse pupillo debeat; & generaliter quod adversus alium præstare debuit pupillo suo, id eum quoque adversus se debere præstare, *l. quotiens* 9. *§. & generaliter* 3. *&* 4. *ff. de administr. & peric. tut. l. tutor datus* 69. *ff. de fidejussor. arg. l. si pupilli* 6. *ff. ult. l. procular* 18. *ff. de negot. gestis l. si negotia* 31. *ff. mandati*, Montanus *de tutelis cap.* 32. *regula* 9. *num.* 26. *& seqq.* & quicquid, cum a se exigere deberet, non exegerit, in tutelæ judicium venire, quemadmodum venit in negotiorum gestorum actionem, quicquid aliena negotia gerens non exegit a se, cum ei deberet, ad cujus negotia gerenda accessit, *d. l.* 6. *§. ult. d. l.* 18. *ff. de negotiis gestis.* Quibus positis, id unum inspiciendum videtur, utrum debitum tale sit, quod durante tutelæ administratione exactionem habebat, an vero tale, cujus exactio ex die vel conditione suspensa erat. Nam si toto tutelæ administratæ tempore necdum dies aut conditio debiti extiterit, uti ab aliis illud exigere non potuit, si alii deberent, ita nec a se exigere debuit, quippe plus tempore a semetipso exactulus. Cumque hoc casu nulla neglectæ exactionis culpa aut mora solutionis appareat, neque tutor in ullo peccaverit, consequens est, hujusmodi debitum, in tutelæ judicium non transferri, adeoque non fieri pupilli intuitu privilegiatum aut hypothecarium, *l. quotiens tutor* 9. *§. si paterf.* 1. *ff. de admin. & peric. tut.* Si vero purum fuerit debitum, vel saltem durante administratione extiterit dies aut conditio ejus, quod pupillo tutor debet, sic ut etiam mora atque negligentia tutori in exigendo manifesta sit, tunc, uti per culpam tutoris non exacta a debitoribus extraneis veniunt in tutelæ judicium, quia munere suo ex bona fide functus non est, ita quoque venire debet hoc, quod sua mora atque negligentia a se non exegit, *l. adversus* 3. *C. de heredib. tut. & curator. l. ita autem* 5. *§. debitor* 4. *ff. de admin. & perib. tut. l. si tutor* 5. *ff. de tutela & ration. distrab. l. tutor datus* 69. *ff. de fidejussoribus*, cui consequens est, ut deinceps debitum tale incipiat hypotheca legali, actionem tutelæ comitante, munitum esse, arg. *l. quotiens tutor* 9. *§. si paterfamilias* 1. *ff. de administr. & peric. tut.* Responsa Jurisconſ. Holl. *part.* 4. *consil.* 364. 365. 382. Neque interesse puto in hac quæstione, utrum tutor sortem pupillo debeat, an usuras aut reditus annuos: nam cum & usuras, quarum dies durante tutela cessit, ac venit, a se exigere debuerit, magis est, ut & hæ veniant in judicium tutelæ, ac ita prælationem habeant, Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *def.* 172. 173. Quin & pro expensis litis, in quas tutor pupillo rationum redditionem petenti damnatus est, prælationem ac jus hypothecæ pupillo asserit Anton. Faber *Cod. libr.* 8. *& tit.* 7. *defin.* 1. 4. 5. Plane, si tutor vel patri pupilli vel ipsi pupillo secundum superius proposita pure quidem sortem debeat, sed ei per reliquos contutores pecunia pupillaris usus sub usuris in futurum relictus sit, aut alia ratione debiti novatio quædam per reliquos contutores fuerit facta, tutoris quidem debitoris intuitu debitum tale in judicium tutelæ venire non potest, cum in mora aut negligentia exigendi a se ipso hærere non intelligatur, qui novationis interventu prioris fecit obligationis dissolutionem; sed magis tutelæ judicio tenerentur eo casu tutores reliqui, ex eo, quod pupillarem pecuniam male crediderunt per novationem tutori isti, qui solvendo non est, uti tenerentur, si pecuniam a tutore debitore in ipsa acceptam extraneo minus idoneo collocassent, *d. part.* 4. *consil. Holl.* 365. *in med.*

17. Nascitur autem hoc jus hypothecæ legalis pupillis & similibus in bonis tutorum ac curatorum protinus ab eo momento, quo tutela vel cura delata fuit, non ab eo tempore, quo tutor negligenter aut fraudulenter gerere cœpit; sic ut omnibus illis, quibus post delatam tutelam hypotheca specialis constituta est, potiores sint, *l. cum oporter* 6. *§. ult. C. de bonis quæ liberis*, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit* 7. *defin.* 1. Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *n.* 20. *& seqq.* Negusantius *de pignor.* 4. *membr.* 2. *part. num.* 17. Bachovius *de pignorib. libr.* 1. *cap.* 9. *num.* 3. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 227. *& consil.* 300. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 182. *post med.* & *vol.* 2. *consil.* 302. 202. & *part.* 4. *consil.* 199. 200. 201. Si plures tutelas idem tutor gesserit, ac dein bona ejus non omnium pupillorum indemnitati sufficiant, ex temporis prærogativa potiores illi erunt, quorum antiquior tutela, seu prius tutori delata fuit, arg. *l. ult. §.* 1. *in fine C. qui pot. in pignore.* Quod si non veri tutores sint, sed protutores, ex eo demum tempore initium hypothecæ legitimæ repetendum videtur, ex quo sese pro tutore aut alio simili titulo cœperunt rerum pupillarium administrationi immiscere, cum illud vere officii qualis qualis non tam delati quam sponte suscepti principium sit. Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 7. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 24. *def.* 14.

18. Natum vero semel pignoris legalis jus in bonis tutorum neque per finitam tutelam expirat, neque per rationum redditionem, sed damnum per reliquorum restitutionem, utcunque minor jam major factus redditis sibi rationibus usuras reliquorum acceperit aut exegisset, si non aliunde novandi animus appareat, *l. qui nominibus* 44. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* junct. *l. si pupillus* 9. *ff. de novation.* de quibus plenius *tit. de novationibus*. Vide interim Ant. Matthæum *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 26. 27. Denique nec interveniente morte pupilli hanc hypothecam a lege datam evanescere, sed ad heredes transmitti verius est; atque ita sentit Ant. Faber *C. libr.* 8. *tit.* 7. *def.* 2. *in not. num.* 5. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 27. 29. & *de tutelis disput.* 4. *n.* 17. 18. Brunnemannus ad *l.* 42. *ff. de administr. tut.* Negusantius *de pignor. membr.* 4. *secund. part. princ. num.* 32. (Dissent. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *num.* 33. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 15. *defin.* 12. *in fin.*) Licet enim olim tempore Pandectarum personale privilegium ad pupillorum successores non transiverit, *l. dabimusque* 19. §. 1. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. ex pluribus* 52. *ff. de admin. & peric. tut. l. pen.* §. *pen. ff. de ritu nupt.* eaque de causa nec locum habuerit, si ventri curator quidem datus esset, sed partus non editus, *l. si ventri* 24. *ff. de reb. auct. jud. possid.* non tamen ideo jus reale pignoris, quod postea a lege datum, morte pupilli perire debuit; tum, quia nuspiam in jure nostro inter modos, quibus jus pignoris sive conventionalis sive legalis extinguitur, mors creditoris numerata est; tum quia pignus hoc legale pupillis ideo videtur datum, quia per ætatem non poterant hypotheca conventionali in bonis tutorum sibi satis prospicere, uti sibi prospexissent majorennes, cum debitorem facultatibus labi suspicio est; ac proinde, uti jus pignoris conventionalis salvum est heredi pupilli, si illud pupillo quacunque ratione constitutum fuerit, ita & salvum esse debuit illud, quod velut in subsidium conventionalis ex æquo inductum est. Nec est, quod quis objiciat, hypothecam legalem in locum veteris privilegii personalis surrogatam fuisse, adeoque ejusdem oportere esse effectus & durationis, cujus & illud olim fuit. Sciendum enim, non tam surrogationem simplicem proprie dictam hic contigisse, quam potius augmentum securitatis fuisse factum; illud autem augmentum in jure reali pignoris consistens non esse censendum ex effectu aut duratione anterioris privilegii personalis, intelliget facile quisquis attentius consideraverit hypothecam a lege dotibus datam. Nam & mulierem olim pro dote personale tantum habuisse inter chirographarios privilegium, & illud æque ac privilegium pupillorum morte mulieris evanuisse, nec transivisse ad heredes certum est, *l. unic. C. de privilegio dotis, l. quæsitum est* 17. §. 1. *l.* 18. *l.* 19. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Ex quo autem mulier legalem hypothecam, atque insuper privilegium prælationis ante hypothecarios plerosque tempore priores nacta est, jus quoque hypothecæ legalis una cum actione ex stipulatu pro dote recuperanda ad quoscunque transmisit heredes tanquam jus reale, secundum ordinariam hypothecæ naturam; sed privilegium ante alios exigendi, tanquam personale ac mulieris solius providentia inductum, a sola muliere aut liberis ejus de dote materna contendentibus, non item ab heredibus extraneis exerceri potuisse patet ex §. *fuerat antea* 29. *Instit. de action. l. ult.* §. 1. *vers. excepit C. qui pot. in pignore*, in qua *lege ultima*, dum Imperator ait, *excepit contra novercas anterioris matrimonii iis, quibus pro dote matris suæ jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel ejus creditores in præsenti autem similem prærogativam servamus*, supponit, se anteriori lege, puta *l. unic. D. de rei uxor. act.* liberis, qua heredibus suæ matris, tacitam dedisse hypothecam; quippe quam ita competere & dotibus ipsis inesse voluit, ac si instrumento dotali a prudentissimis viris confecto id cautum esset, *d. l. un.* §. 1. quamque hypotheca jam munitam ad successores incorruptam transmitti sancivit *d. l. un.* §. 4. & 6. Unde & in *novell.* 91. *in præfat.* heredibus aut creditoribus mulieris non negat hypothecæ jus in bonis mariti, sed tantum privilegium prælationis, ut soli mulieri liberisque ejus datum. Quemadmodum ergo legalis hypotheca transit ad heredes mulieris, quia est reale jus, licet neque olim transiret personale privilegium, neque jure novo jus illud personale prælationis ante alios creditores hypothecarios temporis anterioris jure munitos; ita nulla ratio est, cur aliud statueretur in hypotheca legali, quæ actioni tutelæ cohæret; præsertim, cum Justinianus mulieribus hanc hypothecam ad exemplum ejus, quæ jam ante pupillis data erat, a se concessam profiteatur in *d. l. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.*

19. Præcipua interim adversus hanc sententiam in eo difficultas est, quod quidam, inter quos Vanderanus *de privilegiis creditorum prolegom. cap.* 6. Bachovius *de pignoribus libr.* 2. *cap.* 9. *num.* 6. *& seqq.* & *ad Treutlerum vol.* 2. *disput.* 1. *thes.* 4. *lit.* G. serio contendunt, legalem pupillis hypothecam tempore Pandectarum competiisse; quod si ita sit, fateri necesse fuerit, olim morte pupilli evanuisse illud hypothecæ jus, juxta *d. l.* 42. *ff. de admin. & peric. tut.* & *d. l.* 19. §. 1. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* nec ullam hac in parte reperiri in Codice aut Novellis juris hujus veteris correctionem. Sed non ita est: etenim primo quidem in nulla Pandectarum lege mentio occurrit legalis seu tacitæ hypothecæ pupillis datæ in bonis tutorum; sed tantum *privilegium* proponitur datum, quo vocabulo plerumque in Pandectis solum denotatur personale privilegium inter chirographarios prælationem tribuens, ut in *l.* 17. *pr.* & §. 1. *l.* 18. 19. & *seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* & aliis locis. Secundo, tale olim pupillis privilegium competiit in bonis tutorum, quale mulieribus pro dote in rebus mariti; unde & ista duo junguntur simul ac tractantur in *d. l.* 17. §. 1. & *llt. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* & *vend. l. ex facto* 52. §. 1. *ff. de peculio*, dotis autem privilegium tantum ad prælationem, quæ inter chirographarios creditores actione personali experientes vertitur, pertinuisse, patet ex *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot.* & *l. ult. C. qui pot. in pign.* Sed & tertio huc facit, quod ab Hermogeniano in *l. ult. ff. de tutelæ & rat. distrah.* traditum est, privilegium in bonis tutoris, curatoris, protutoris, fuisse datum pupillis & furiosis, *si eo nomine cautum non sit*; id est, si nullum jus pignoris pupillo per tutorem expresse sit constitutum: nam si pignoris expressi constitutio intercessisset, major pupillo fuisset in pignore parta securitas, quam in pri-

vilegio personali a lege dato, atque adeo hoc ipsi tunc esset inutile. Quarto denique huc confert, quod prima hujus taciti pignoris pupillis dati mentio est in Constitutione Constantini in *l. pro officio* 20. *C. de administrat. tut.* sive ille primus hoc jus induxerit, sive illud ab anteriore aliquo Imperatore (cujus constitutio ad nos non pervenit) sancitum fuerit post tempora Jurisconsultorum, ex quorum responsis Pandectæ constat, & deinde a Constantino in *d. l.* 20. pro fundamento ac jure certo assumtum in rescripto ad Euphemianam directo, quod & probabilius: cum minus verosimile sit, Imperatorem rescripto ad fœminam privatam dato voluisse jus plane novum novumque privilegium toti pupillorum ordini indulgere. Neque contrarium evincitur ex legibus per dissentientes adduci solitis. Non enim primo id arguunt illæ, quæ privilegium & prælationem pupillis dant, veluti *d. l.* 52. §. 1. *ff. de peculio*, *l.* 19. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auctor. jud. possid.* aliæque similes; cum jam ante demonstratum sit, privilegium illud non hypothecam continere, sed tantum inter chirographarios prælationem. Non etiam ex eo probatur, quod pupillis denegetur *privilegium in bonis* magistratuum, ex adverso tribuatur in *bonis* tutorum, *l.* 1. §. *privilegium* 14. *ff. de magistrat. conveniendis*, *l. ult. ff. de tutelæ & rat. distrah.* Non enim *privilegium in bonis* hypothecam denotat, sed tantum prælationem in pretio ex venditis tutorum bonis redacto, juxta *l. qui nominibus* 44. §. 1. *de admin. & peric. tut.* quod & apparet satis ex eo, quod uxori quoque pro dote *privilegium in bonis viri* Ulpianus adscribit, *l. si cum dotem* 22. §. *ult. ff. soluto matrimon.* quam tamen Ulpiani tempore solo inter chirographarios privilegio personali donatam fuisse, *n. præcedenti* demonstratum est. Longe minus nostram premit sententiam, aut legalem hypothecam probat, *l. ult. ff. qui pot. in pign.* & *l. ult. ff. h. t.* cum utraque nullam tacite hypothecæ mentionem habeat, sed ex adverso de expressa post finitam demum tutelam constituta tractet; & in quæstione, an in *veterem contractum* res obligata esset, per *contractum veterem* in *d. l. ult. ff. h. t.* non designetur præcedens hypotheca tacita, quæ perperam *contractus* diceretur, sed potius obligatio ex tutelæ gestione nata, ipso Bachovio ad Treutlerum *in d. loco* id agnoscente. Simile ad *l. unic. C. rem alienam gerentibus* responsum dari potest, eam nempe pupillis nullam tribuere hypothecam tacitam, adeoque de expressa per conventionem iis quæsita accipiendam esse, convenienter dictæ *legi ult. ff. qui potior. in pignore*, maxime, cum utrobique de tutore ex tutela jam condemnato, & post condemnationem res suas fisco obligante, sermo sit. Non obstat denique, quod tempore Pandectarum tutor non potuerit cum fisco contrahere, vel vectigalia conducere, nisi postquam pupillo rationes fuissent redditæ; aut post obitum pupilli heredibus ejus reddendæ essent, *l.* 1. §. *ex illa quoque* 9. 10. 11. 12. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, *l. unic. C. ne tutor vel curator vectig. conducat* *l.* 49. §. 1. *ff. locati*, nec alia huius definitionis ratio fuerit, quam ne fiscus damnum sentiret, tanquam postponendus pupillis anteriorem hypothecam legalem habentibus; cui sane fisco, legalem hypothecam habenti, nihil a pupillis, quorum tutela suscepta antiquior erat contractu fiscali, metuendum fuisset, si hi tantum personali inter chirographarios privilegio, non item pignoris tacito jure, fuissent muniti. Non, inquam, hæc utcunque speciem ac colorem insignem habentia, revera obstant. Perperam enim definitionis istius rationem ex afficta pupillis hypotheca tacita peti, monstratu haud difficile est. Nam si ratio, cur tutor vectigalis non conducat, consisteret in jure tacitæ hypothecæ pupillis quæsitæ, quasi tutoris, ante redditas rationes vectigalia conducentis, bona prius ex lege pupillis obligata essent, & eo dissimulato deinceps fisco cœpissent obligari, tunc non publicum falsi crimen (ut est in *ll. objectis*) sed extraordinarium stellionatus tutori vectigalia conducenti debuisset impingi juxta *l.* 2. & *ult. C. de crimine stellionatus*, cum certum sit, jure Romano cum publica falsi accusatione concurrere non potuisse extraordinariam stellionatus executionem, sed hanc ita in criminalibus, quemadmodum doli actio in civilibus, subsidiariam esse, *l. stellionatus* 3. §. 1. *ff. stellionatus*. Sed & secundo, si prohibitionis ratio esset posita in legali pupillorum hypotheca, tunc falsi vel potius stellionatus crimen non tantum committeretur, quando tutor vectigalia conducit, sed etiam ex opposito quando vectigalium conductor se tutorem creari patitur; cum utroque in casu eveniret, ut res posteriori obligaretur, quæ jam ante priori obligata est: quod tamen in *d. l. un. C. ne tut. vel curat. vect. conducens*, *d. l.* 1. §. 10. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, aperte negatur; adeo ut ne excusare quidem sese a tutela publicanus possit, nisi per se vectigalia exigat, *d. l.* 1. §. 10. junct. *l. in honoribus* 8. §. 1. *ff. de vacat. & excus. muner.* Denique tertio nulla ratio foret, cur, si pupillus æque legalem habuisset hypothecam, ac fiscus, cur, inquam, leges minus prospexissent pupillo quam fisco, permittentes, ut vectigalium conductor deinde tutor creetur, quia fiscus tunc securus est redditus per anteriorem hypothecam legalem, non permittentes ex adverso, ut tutor vectigalia conducat, ubi pupillus per hypothecam legalem, (ut supponitur) anteriorem in tuto jam collocatus est. Cum ergo ex hisce appareat, rationem prohibitionis, ne tutor vectigalia conducat, peti non posse a jure tacitæ hypothecæ, quæ pupillis olim fuisset a lege concessa: sequitur, ex *d. legibus* prohibitionem illam continentibus probari etiam haud posse, quod pupilli tempore Pandectarum tacitam habuissent a lege hypothecam in bonis tutorum. Quod si veram istius prohibitionis rationem inquiras, hanc magis adduci posse opinor, ne, si durante vectigalium conductione rationes tutelæ ante gestæ exigantur & reliquationi satisfiat, ita *dissiparentur & extenuarentur bona eorum, qui vectigalia conduxerunt*; quod ipsum fisco, licet hypothecam habenti, damnosum esset, dum bona semel ad alios translata, præsertim in nummis aliisque mobilibus consistentia, difficilis sæpe persecutionis sunt, tametsi pignoris jure persequenti devincta. Sic enim in *l. semper* 5. §. *conductores* 10. *ff. de jure immunitatis*, de his ipsis vectigalium conductoribus dicitur, *eos necessitate subeundorum munerum municipalium non obstringi*, imo, *si ultro se offerant municipalibus muneribus*, proprius esse, *ut prohibendi sint a præside, vel procuratore Cæsaris, nisi jam paria fecisse fisco dicantur*; additurque hæc sola hujus definitionis ratio, *ne extenuentur facultates eorum, quæ subsignatæ sunt fisco*. Constat utique, ex susceptis postea muneribus per eos, qui vectigalia jam a fisco conducta habebant, nihil potuisse fisco decedere quantum ad jus legalis

hypothecæ, quippe in omnem eventum tempore prioris; ac proinde nec fisco, vectigalium locatorum pensiones exigenti, metuendam fuisse prælationem municipiorum, quorum munera post vectigalium conductionem conductores suscepissent. Sola ratio erat dispersio, expensio, extenuatio facultatum ad publicanos pertinentium; qua licet res cum suo onere transirent, tamen fisco difficilior reddebatur persecutio, aut ignoratis rerum distractarum possessoribus, aut actionibus saltem ad res illas dispersas revocandas multiplicandis. Hæc plenius tractasse consultum duxi, ut luculento & elaborato satisfieret Viri cujusdam consultissimi responso, quo adstruendum susceperat, heredibus pupillorum a judice denegari oportere hypothecam legalem in bonis tutorum, cujusque comprobationem rogati non ita pridem Juridicæ Facultatis in hac Universitate Antecessores censuerunt declinandam.

20. Porro, uti magnus pupillorum favor fuit, ita quoque publica dotium utilitas Justiniano tanti fuit habita, ut, cum antea tantum inter chirographarios prælatio mulieri tributa esset de dote recuperanda agenti, ipse sua constitutione jus hypothecæ induxerit in bona mariti, tum pro dote ipsa, tum etiam pro dotis augmento ex die augmenti, *l. assiduis* 12. *D. qui pot. in pign. novell.* 97. *cap. aliud quoque* 2. & 3. *§. fuerat antea* 29. *Instit. de action. l. unic. §.* 1. *C. de rei uxor. act.* nisi mulier hæretica esset, *novell.* 109. sive ipsa mulier sive heredes ejus, aut extranei, qui pro muliere dotem dederant, de dote repetenda contendant, *d. l. unic. §.* 1. si modo non in fraudem creditorum augmentum factum sit; de quo videndi *d. nov.* 97. *c.* 2. ibique Cujacius, Rittershusius *ab novellas par.* 5. *cap.* 2. Et quamvis neque cum sponsa, neque cum puella annis duodecim minore, neque cum servilis conditionis homine matrimonium sit; ac sine matrimonio dos nulla propria intelligatur, *l. stipulationem* 21. *ff. de jure dot.* tamen, si vel sponsa, vel puella minor annis duodecim, vel servo per errorem tanquam libero copulata, dotem dederit, nuptiis deinde non secutis aut irritis pronunciatis, placuit, perinde dotium repetendarum privilegia salva esse, ac si vere matrimonium secutum aut secundum leges contractum fuisset, *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. cum dotem* 22. *§. si sponsa* 1. *l.* 18. 19. *ff. de reb. auctor. judic. possid.* Sed & pro paraphernis hypotheca mulieri in bonis mariti a lege data est, *l. ult. D. de pactis conventis.* Quemadmodum vice versa marito quoque competit pro consequenda dote promissa in bonis promissoris, sive ipsa mulier pro se dotem promiserit, sive alius pro ea, *l. unic. §.* 1. *C. de rei uxor. act.* uti & pro recuperanda propter nuptias donatione, *l. ult. §.* 2. *C. qui pot. in pign.* maxime, ex quo obtinuit; eam pari cum dote passu in plerisque ambulare, ac eodem censeri jure, juxta *auth. æqualitas*, & *auth. sed quæ C. de pactis conventis.* Cum autem nostris moribus alia longe rerum facies in matrimoniis circa commoda & onera & rerum inter conjuges communionem appareat, ac propterea etiam cessent illa jura dotium & privilegia prælationis, sciendum est, tum demum mulierem, de dote repetenda contendentem, recuperare quæ contulit, cum omnes mariti creditores dimissi sunt, si non pactis dotalibus mulieri de dotis securitate prospectum, & ipsa nominatim dotem sibi salvam pacta sit; quo tamen casu solis præferenda nunc esset creditoribus mariti hypothecariis, quibus stante demum matrimonio hypotheca constituta est; non vero illis, qui hypothecam specialem expressam vel legalem habent matrimonio contracto vetustiorem, ut docet post alios Sim. van Leeuwen *Cent. for. par.* 1. *libr.* 1. *cap.* 12. *n.* 5. & in materia nuptiarum ac dotium plenius tractandum erit.

21. Efficit & favor implementi ultimarum voluntatum, ut legatariis ac fidei commissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro legati ac fideicommissi per eum relicti securitate: non item in bonis heredis aut aliter gravati, *l.* 1. *C. commun. de legatis.* Neostadius *curiæ Holl. decis.* 2. Cujus hypothecæ non ea vis est, quod tum legatarii tum fideicommissarii exercere possent prælationis jus in bonis defuncti adversus defuncti ipsius creditores; cum in aperto sit, & veteri & novo jure nec legata nec fideicommissa præstanda esse, nisi postquam omnes dimissi fuerint defuncti creditores, *§. ult. Instit. de lege Falcidia, l. ult. §. sin vero* 5. *C. de jure deliberandi* sed potius, quod creditoribus heredis anteponendi sint in defuncti rebus, si forte heres ita obæratus sit, ut bona defuncti mixta bonis heredis, non suffectura sint æri alieno defuncti & heredis ac legatorum obligationi. Unde, sicut legatarii omnibus postponendi sint defuncti creditoribus, ita ex adverso omnibus heredibus aut restituere rogati creditoribus, licet hypotheca generali expressa vel legali munitis, potiores sunt, quippe quibus nihil ex patrimonio defuncti cedere debet, quamdiu inde legatariis ac fideicommissariis satisfactum non est. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 67. *n.* 71. & *seqq.* Sed quia heredis ipsius bona hoc pignoris legalis vinculo legatariis devincta non sunt, juxta finalia verba *d. l.* 1. non dubium videtur, quin &, quantum ad bona illa attinet, omnibus heredis creditoribus tum hypothecariis tum chirographariis privilegiatis postponi debeant, concursuri tantum cum simplicibus chirographariis, tanquam qui & ipsi tantum simplices personales creditores sunt, heredem quippe ex quasi contractu, aditione hereditatis, sibi habentes obligatum. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 266. *qu.* 2. Notandum interim jus plane singulare hypothecæ hujus a lege datæ: nam cum vulgo pignoris causa individua sit, sic ut in casu; quo plures debitores vel plures unius debitoris heredes sunt, adversus eos singulos in solidum hypothecaria agi possit, si pignus possideant, ut *tit.* 4. tractabitur; hic ex adverso placuit Justiniano, non ultra unumquemque hypothecaria conveniendum esse, quam in quantum personalis actio adversus eum moveri potest, *d. l.* 1. *in fine C. commun. de legatis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 23. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *defin.* 1. & 7.

22. Quod si diversis temporibus testator alia atque alia legata diversis reliquerit; nullam ex tempore prælationem sibi vindicare possunt legatarii prius honorati, sed par omnium cujuscumque temporis legatariorum causa est quantum ad hypothecam attinet. Cum enim nulli legatario sive priori sive posteriori ullum nascatur legati persequendi jus, nisi ex quo testator moritur, ac morte suum supremum judicium firmat, ac proinde legatariis omnibus uno eodemque momento nascatur obligatio ad legatum, etiam adjunctum isti obligationi jus hypothecæ eodem nasci momento necesse fuit; quo fit, ut velut tem-

pore pares pariter quoque ad bona defuncti sibi per legem devincta concurrere debeant. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 11. *defin.* 15. Sed &, si aliis pure, aliis sub conditione, legatum ponas, deterioris conditionis in hypotheca non sunt censendi, quibus sub conditione relictum est, licet demum diu post mortem testatoris conditio extiterit. Non enim ab existentia conditionis, sed retro a mortis tempore jus pignoris legalis legatario conditionali quæsitum intelligi debet, perinde ac si pure legatum esset; eodem modo, quo & ei, cui pro debito conditionali pignus conventionale constitutum est, jus illud natum creditum non ex tempore existentis conditionis, sed ex quo pignoris conventio interposita est; adeo ut, conditione quandocumque existente, creditor talis potior sit illis, quibus post constitutum pro conditionali debito pignus res eadem pro debito alio puro ante conditionis eventum obligata fuerat *l. qui balneum* 9. §. *sed & si* 2. *l. potior est* 11. §. *videamus* 1. *ff. qui pot. in pign.* arg. *l. si fideicommissorum* 11. *ff. ut in possess. legat. &c. esse liceat.* Eoque facit, quod & ex missione in possessionem legatorum nomine missis omnibus æquale jus pignoris prætorii quæsitum fuit, etsi non eodem tempore legatorum omnium dies vel conditio extitisset, nec eodem omnes tempore missi essent, *l. is cui* 5. §. *qui prior mittur.* 3. *ff. ut in possess. legat. &c. esse lic.* at pignus hoc legale legatariis etiam sine scrupulosis in rem missionum ambagibus possent securi esse, *d. l.* 1. *in pr. C. commun. de legatis.* Plura de hac hypotheca legali, & actione hypothecaria legatariis competente, tractata sunt in *tit. de legatis num.* 40 & *seqq.*

23. Concessum insuper per leges hypothecæ jus in bonis vidui viduæve ad secunda vota transeuntis, pro restitutione eorum, quæ ei sub conditione viduitatis relicta erant, *novell.* 22. *cap. unde sancimus* 44. §. 2. Uti & liberis prioris matrimonii in bonis parentis ad secunda vota transeuntis, pro restitutione rerum a priore conjuge vel aliis prioris thori liberis ad parentem superstitem devolutarum, quoties illæ in pœnam secundarum nuptiarum ad thori prioris liberos reverti debet, *l. hac edictali* 6. §. *omnibus* 2. *l. si quis prioris* 8. §. *in illo* 4. *C. de secund. nuptiis.* Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 65. & *seqq.* Sed & generaliter liberis pro bonis a parente defuncto, vel ab eo, qui ex linea parentis defuncti sanguine junctus est, ad ipsos devolutis, & a parente superstite administratis ac possessis, *l. si quis prioris* 8. §. *ult. C. de secundi nupt.* arg. *l. cum oportet* 6. §. 1. & 2. *C. de bonis quæ liberis*, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 7. *defin.* 13. & *libr.* 6. *tit.* 35. *defin.* 9. *in notis num.* 8. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *n.* 13. 14. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 50. *in fine.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 133. *fere in fine*, quod usque adeo apud nos probatum est, ut & novercæ vel vitrici bona liberis prioris thori jure communionis statutariæ obligata habeantur, si non pactis dotalibus aliud inductum sit. D. Someren *de jure novercarum cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 5. 6. Non tamen pro ceteris adventitiis hoc jus hypothecæ liberis in bonis parentis a jure datum, quin aperte satis negatum est, *d. l.* §. 1. 2. *C. de bon. quæ lib.* licet pro hisce quoque hypothecam iis assignet Ant. Faber *d. locis.* Quod & a nostris moribus alienum non videtur. Cum enim apud nos usufructus adventitiorum ad patrem aut matrem non pertineat, ac proinde bona talia jure patriæ potestatis aut jure parentis non possideantur aut administrentur, sed magis per eos, velut tutores aut tutrices; vel saltem ut tales, qui pro tutore negotia gerunt, regantur ac detineantur, consequens est, ut & bona eorum, tanquam tutorum aut pro tutore gerentium, ex legis dispositione liberis pro adventitiorum restitutione devincta sint. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 40. *quæst.* 1. & *consil.* 299.

24. Nec perit liberis hoc hypothecæ legalis jus in bonis parentis superstitis pro bonis parentis prædefuncti, si interventu transactionis (*by Uytkoop*) per parentem superstitem certa quantitas pecuniaria vice patrimonii paterni maternive ipsis aut eorum adhuc minorennium tutoribus promissa sit; cum non tam novatio eo modo facta, quam potius familiæ erciscundæ judicium per adjudicationem quandam terminatim intelligatur: ut proinde, nulla apparente novandi voluntate, etiam sublatum videri nequeat pignus legale. In quam sententiam etiam frequenter responsum fuit D. Someren *de jure novercar. cap.* 5. *sect.* 1. *num.* 1. & 10. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 49. *quæst.* 1. & *consil.* 140. 189. 299. & *part.* 4. *consil.* 296. (contra tamen in *d. part.* 5. *consil.* 295. & 320. & *part.* 5. *consil.* 133. *in fine*). Quamvis nec infrequens fuerit, abundantioris cautelæ gratia speciale pignus certis in rebus immobilibus constitui in quantitatis repromissæ securitatem, quo casu etiam secundum placita anteriora Ordinum Hollandiæ tales pignorum constitutiones a quadragesimæ solutione liberæ pronunciatæ fuerunt, *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1955. *art.* 5. licet in posteriore decreto eorundem Hollandiæ Ordinum *anni* 1665. 5, *Febr.* altum de illo pignoris genere tributi quadragesimæ eximendo silentium sit; forte, quia visum fuit, abunde liberis hypotheca legali prospectum esse, quæ ab isto onere quadragesimæ ibidem immunis declaratur, *vol.* 3. *pag.* 1005. 1006. Et hæc adeo vera sunt, ut, si parens superstes in assignatione bonorum conjugis prædefuncti omne æris alieni onus in se receperit, liberique velut prædefuncti parentis heredes in æris alieni semissem conventi fuerint per creditores, quibus illa inter parentem superstitem liberosque interposita transactio nocere non potuit aut adimere adversus liberos agendi jus, etiam in id quod creditoribus solverunt, legalem hypothecam salvam habeant; eo quod hæc ipsa conditio, qua onus universum æris alieni in parentem rejicitur, pars pretii, patrimonii vice assignati, esse videtur; dum major alioquin quantitas liberis promittenda fuisset, si & individuam sustinuisset debitorum molem. D. Someren *de jure noverc. d. cap.* 5. *sect.* 1. *num. ult.*

25. Civitati quoque, & ad exemplum ejus ecclesiæ aliisque piis locis, in bonis administratorum legale pignus ab interpretibus vulgo vindicatum est. Nam etsi civitates privatorum loco habeantur, *l. eum, qui vectigal* 16. *in fine ff. de verbor. significat.* arg. *l. ob pecuniam* 81. *ff. de furtis*, *l. nihil interest* 15. *ff. ad Senatusc. Maced.* tamen quia placuit, eas in plerisque minorum jure uti, *l. res publica* 4. *C. quib. ex causis majores*, *l. republicam* 3. *C. de jure reipublicæ*, & non modo heredes eorum, sed & rerum ad eos pertinentium possessores ex administratione conveniri posse, *l. ult. C. quo quisque ordine conveniatur*, non incon-

veniens fuit, eas etiam admitti ad jus legalis hypothecæ, quod minoribus in bonis curatorum competere supra dictum est. Ac frustra sunt, qui *d. l. ult.* restringendam putant ad res auctione Pauliana vel rescissoria revocandas. Cum utique altum de alienatis in fraudem creditorum in ea lege silentium sit, & generaliter possessores rerum dicantur conveniendi; actio vero Pauliana non detur contra quosvis rerum possessores; &, si maxime contra omnes rei, in fraudem creditorum alienatæ, possessores competeret (uti competit rescissoria), non tamen ideo promiscue contra possessores rerum debitoris, sed tantum contra possessores earum rerum, quæ in fraudem creditorum alienatæ sunt, reliquis alienationibus, non in fraudem creditorum factis, in suo robore perdurantibus. Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *num.* 29. *& seqq.* Berlichius *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *n.* 41. *& seqq.* Mugnoz *de ratiociniis cap.* 39. *num.* 6. 7. Carpzovius *defin for. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 115. atque ita moribus servari, tradit Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 22. Auctor appendicis decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 36. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 1. *circa fin.* Ant. Matthæus *de auctien. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 50. *&* 53. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 364. 365. Quid, quod & societati Indiæ Orientalis & Occidentalis apud nos diserte hæc pignoris prærogativa asserta est, in illis saltem bonis, quorum intuitu administratores societatis illius participes sunt ac esse debent, *Octroy van de Oost Indische Compagnie ann.* 1602. *art.* 32. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 535. *Octroy. van de West, Ind. Compagnie ann.* 1621. *art.* 33. *d. vol.* 1. *pag.* 573. 574. Groenewegen *ad Grotii manud. lib.* 1. *cap.* 48. *num.* 23. Ant. Matthæus *de auctione. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 53. *post med.* Pagos etiam ac vicos si hypothecæ legalis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, quæ appellantur *Morgen-Gelde en Mole Gelden*, præferri aliis creditoribus hypothecam posteriorem specialem habentibus, in Hollandia judicatum est. *Appendix decision. post consil. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 19. *in fin.*

26. Non tamen civitatibus, ecclesiis, similibusque idem jus competit in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, sic ut hac in parte non eadem civitatum & fisci causa sit: nisi specialiter certa civitas ex beneficio sibi concesso jus illud nacta esset, *l. simile* 10. *ff. ad municipalem l. an respublica* 2. *C. de jure reipubl.*, uti id Antiochensium Cœle Syriæ civitati datum legitur, *l. Antiochensium* 37. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* & variis nunc civitatibus inveterato usu quæsitum est, quas recenset Ant. Matthæus *de auctor. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 20. 21. An & Hollandiæ civitatibus? Vide *placitum Ord. Holl.* 28. *Febr.* 1663. *vol.* 3. *pag.* 1006. Interim tamen Pandectarum tempore civitates in bonis debitorum suorum privilegium inter chirographarios creditores habuisse, & causam earum separatam fuisse a ceteris creditoribus personalem actionem habentibus, Paulus docet, *l. pen.* §. 1. *ff. de rebus auctor. jud. possidend.* Sed & postea ex Constantini constitutione civitatibus actio contra possessores bonorum alienatorum debitoris inidonei pro rata concessa fuit, personalis scilicet ex lege condictio, non hypothecaria; quippe contra singulos rerum possessores in solidum danda foret, *l.* 2. *C. de debitoribus civitatis.* Nec hisce, quæ de privilegio civitatis inter chirographarios dicta, repugnat, *l.* 2. *C. de jure reipublicæ.* Non enim alio sensu *non separanda* dicitur *causa reipublicæ a ceteris creditoribus, qui habent personalem actionem*, quam quatenus respublica non magis, quam privati, legalem hypothecam habet, de qua ibi quæstio erat, nec res debitorum actione hypothecaria persequi potest, si non conventionali pignore sibi prospexerit. Confer Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 1. Ant. Matthæum *de auction. dict. cap.* 19. *n.* 19. 20. 21. 53. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 135.

27. Vidimus hactenus eas hypothecæ legalis species, quibus universum debitoris patrimonium devinctum est: sunt & aliæ, quæ non omnia debitorum bona afficiunt, sed tantum certas ac speciales res. Etenim dominis directis pignoris taciti jus pro canone aut solario in fundi emphyteuticarii utile dominium aut superficiarii superficiem, adeoque in ea, quæ proprie emponemata dicuntur, a jure datum est, ac eorum exemplo illis quoque, quibus annuus ex prædio census debetur, in prædium illud censuale pro census annui securitate, *l. etiam superficies* 15. *ff. qui potior. in pignor.* arg. *l. lex vectigali* 31. *ff. de pign. & hypoth.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 12. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 10. *in fine, & cap.* 19. *num.* 58. *in med.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 38. *defin.* 16. Argentariis quoque datum videtur jus hypothecæ legalis, si crediderint in militiam venalem emendam, *nov.* 136. *cap. secundum* 2. junct. *novel.* 53. *cap. optimum* 5.

28. Præterea publici aspectus (favor propter quem domini etiam inviti magistratus auctoritate coguntur ædes reficere, *l. praeses provinciæ* 7 *ff. de offic. praesidis*, & nullo jure ædificata in publico loco prohibentur tolli, si publico non officiant, *l.* 2. §. *si quis nemine* 17. *ff. ne quid in loco publ.*) effecit, ut pignus tacitum ex Senatusconsulto & D. Marci edicto datum fuerit iis, qui crediderunt in ædium refectionem, idque in ipsas ædes refectas, non item cetera ad ædium dominum pertinentia bona; sive domino ipsi crediderint, sive redemptori operis, si modo id factum sit ex domini mandato, sive materiam ipsam, sive pecuniam, *l.* 1. *ff. h. t. l. si ventri* 24. §. *Divus* 1. *ff. de reb. auct. jud. poss. l.* 1. *ff. de cessione bonor. l. cum duobus* 52. §. *idem respondit* 10. *ff. pro socio l. creditor* 25. *ff. de reb. creditis.* Nec dubium, quin & in cessionarium una cum actione cessa transeat hoc pignoris jus, utpote reale, ac non personæ sed causæ intuitu a lege datum, arg. *l. emtori nominis* 6. *ff. de hered. vel act. vend.* Et quamvis ex Romanis juris principiis verius sit, fabris pro mercede operarum hanc non competere legalem hypothecam; tum quia id nuspiam cautum; tum quia ex operis præstitis nihil exstat aut superest, quod ab ædibus separari posset, uti quidem materia credita; in Hollandia nihilominus contraria sententia prævaluit, Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 35. *in fine.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *numer.* 14. Non aliter tamen hypotheca hæc competit, quam si re ipsa in refectionem ædium quid versum sit, nec sufficit creditam esse sive pecuniam sive materiam, quoties illa aliis deinde usibus applicatur, arg. *l. quod si servus* 3. §. *sed si* 9. *ff. de in rem*

verso, Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 12. *n.* 24. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 60. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. *in fine.* Negusantius *de pignor. membro* 2. *partis quintæ num* 15. Berlichius *part.* 1. *concl. pract.* 65. *n.* 133. 134. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 106. Nec improbabile fuerit, impensas refectionis necessariæ a reliquis separari impendiis in ædium ornatum aut amplificationem factis; quippe quarum intuitu non ultra videtur privilegium prælationis tribuendum, quam quatenus domus inde vere pretiosior facta est, arg. *l. quod si* 3. §. 3. 4. *ff. de in rem verso*, junct. *l. ult. in fine principii ff. de exercit. act.* Negusantius *d. membro secundo partis* 5. *num.* 15. *in fine.* Non etiam ei locus est, si quis crediderit in emtionem aut exstructionem novæ domus, nisi illa in locum ejus, quæ in totum exusta aut collapsa est, cujusque rudeibus aut vacuo loco deformis redderetur aspectus urbis, reposita sit: quod & puto velle Jurisconsultum, cum ait, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam *ob restitutionem ædificii exstruendi mutuam dedit*, *l.* 1. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 10. *& in not.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 129. *in notis.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 34. *&* 36. ubi & tradit, unde apparere videatur, an in restitutionem an magis in novæ domus ædificationem, creditum sit. Longe minus pignus legale quæritur illis, qui in aliarum rerum sive reparationem, sive meliorationem, sive emtionem crediderunt; quippe quibus necesse omnino, ut ex conventione jus pignoris sibi parent, *l. licet* 7. *C. qui pot. in pign. l. quamvis ea* 17. *Cod. de pign. & hypoth.* etsi negandum non sit, quin & possessoribus rerum mobilium ac immobilium, & artificibus multifariam rerum mobilium, quas suo sumtu ac labore repararunt feceruntque meliores atque etiamnum tenent, retentio tum jure Romano, tum nostris moribus tributa sit, non modo adversus ceteros creditores ejus, qui rerum melioratarum dominus est, sed & adversus ipsum dominum rei; sic ut neque domino, neque curatori bonorum debitoris obærati, restituere res illas teneantur, nisi sibi plene satisfactum sit de iis, quæ vel operarum vel meliorationum nomine consequi jura permittunt; ut dictum *tit. de compensat. n.* 20. *&* 21.

29. Præter hypothecas legales jure Romano datas, ac jam expositas, etiam hodiernis moribus aut legibus pignora quædam tacite inducta sunt. Etenim jure quidem civili illis, qui crediderant in navem exstruendam, instruendam, emendamve, nulla hypotheca per legem concessa fuerat, sed tantum privilegium inter chirographarios, cujus vi post fiscum, legalem hypothecam habentem, veniebant. *l. qui in navem* 26. *l.* 26. *l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* adeoque per hypothecam conventionalem prospicere sibi tunc debuerant; deque ea hypotheca expressa accipienda, *l. interdum* 5. *&* 6. *ff. qui potior. in pign. novell.* 97. *cap. bis consequens* 3. quippe quibus in textibus non quæritur, qui tacitam hypothecam habeant, qui non; sed tantum, qui potiores sint in pignore, posito quod habeant hypothecæ jus; an vero illud ex conventione an ex lege iis quæsitum sit, non ibi, sed aliis in legibus definitum est. Si dicas, Romanos non ignaros fuisse, ad reipublicæ utilitatem etiam navium exercitionem pertinere, *l.* 1. §. *licet autem* 20. *ff. de exercitor. act.* respondeo, ideo quoque fuisse motos, ut credentibus inter chirographarios tribuerent prælationem, non tamen hypothecam. Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 4. Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 76. Ast usu hodierno contra placuit, æque illis, qui in navis refectionem crediderunt, hypothecam competere in navem ipsam, ac in ædes illis, qui in earundem crediderunt instaurationem; dum penes nos navium numero ac robore salus publica defenditur, exercentur cum gentibus longe dissitis ultra Garamantas & Indos commercia unde potissimum pecunia, belli nervus, & præcipuum firmandorum imperiorum adjumentum, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 14. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 35. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 7.

30. Sed & dominis mercium, per magistrum navis urgente necessitate distractarum, pro earundem æstimatione navis devincta est, sed, non ultra annum & diem, si navis aliena sit, *Wisbuysce Zee Rechten art.* 40. 41. Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 25. 26. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 58. *ante med. & in param. Belgarum Jurisc. parœmia* 7. *num.* 13. *fere in fine.* Sociis etiam nauticis in Indiam Orientalem aut Occidentalem navigantibus in navem, cui operam navant, & merces ea vectas, usque adeo, ut nave cum mercibus pereunte, mercedis quoque exactio evanescat, *Artikel. Brief. van d'Oost-Indische Compagnie, ann.* 1672. *art.* 40. *&* 42. *volum.* 3. *placit. pag.* 316. *Artikel Briefnan de West'Indische Compagnie, ann.* 1675. *art.* 18. *d. vol.* 3. *pag.* 1348. quod generaliter sociis nauticis quocunque navigantibus jam ante tributum fuerat a Grotio *d. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 24.

31. Adhæc universitati agrorum aggeribus inclusorum aut munitorum in prædia singula istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, aquæductuum, molendinorum, similiumque jam repræsentatis aut exsolvendis. Neostadius *Curiæ Holl. dec.* 24. *&* 35. Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 13. Matth. *d. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 12. *&* 58. *in med.* Respons. Jurisc. Holland. *par.* 1. *consil.* 197. Redemtori in bonis ejus, quem a Turcis aut aliis Barbaris captum redemit, quemadmodum jure Romano redemtus ipse quodam quasi pignoris jure redemtori devinctus erat, sic ut & ipse sibi per redemtorem non inutiliter legaretur, *l. senatus* 43. §. *ult. ff. de legatis* 1. *l. qui testamento* 20. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss. l. ab hostibus* 2. *l. Fratres* 8. *l. si liberum* 11. *C. de postlimin. revers. & redemt.* Vid. *l'ordonance de Louis XIV. de l'ann.* 1681. *touchant la marine livr.* 3. *tit.* 6. *art.* 13. Ant. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 40. Illis quoque, qui vendiderunt ac cesserunt seu transcripserunt emtori partem suam in societate Indica Orientali aut Occidentali, in ipsam illam partem transcriptam, pro securitate pretii necdum soluti, si de eo fides habita sit, ut variis cautum placitis Ordinum Generalium, quæ collecta *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 155. *& seq. & pag.* 665. 666. & novissime *placito anni* 1677. 16. *Septembr. vol.* 3. *pag.* 1307. Denique etiam insolatoribus seu lineorum candidatoribus (*Linnen en Garen Bleekers*) hypotheca atque prælatio & jus retentionis in Hollandia data sunt pro mercede albedinis procuratæ, sic ut omnibus aliis præferantur creditoribus dominorum, ad quos linea pertinent, sive pro illis li-

neis, quæ etiamnum tenent, sive pro aliis jam domino redditis merces debeatur; nec rescripti moratorii aut cessioni beneficio per dominum impetrato jus illud retentionis ipsis dereat; imo si dominus lineorum jam redditorum, ipsis adhuc debens mercedem, aliis linea albanda locaverit, etiam in his alteri sic commissis jussi sint potiores esse, *Placit. ordin. Holl.* 20. *Ian.* 1614. *vol.* 1. *placiter. pag.* 1222. *& seq. & plac. anni* 1677. 3. *Apr. vol.* 3. *placitor. pag.* 589.

32. Non tamen apud nos publica detentio seu rerum aut personarum arrestatio, ut loquuntur, arrestanti tribuit in jus hypothecæ aut prælationis, út latius dictum *tit. de in jus vocando num.* 64. Nec recognitio chirographi facta in judicio; licet alibi contrarium servetur, ut notat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n. ult.* Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 1. *err.* 1. *n.* 17. *& seqq.* Nec judicis sententia ei, cui debitor jam condemnatus est, quamdiu pignora judicati exsequendi causa capta non sunt, *l. in judicati* 61. *ff. de re judicata*, captis pignoribus, is potior est, qui prius ea capi & excussionem fieri curavit, secundum regulam, qua prior tempore potior jure est; si modo recte, & non vitiose fecerit, Ant. Faber *C. lib.* 7. *tit.* 20. *defin.* 5. *& lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 2. *&* 11. Peckius *de jure sistendi cap.* 40. *n.* 3. 4. Respons Jurisc. Holland. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 139. In Hollandia tamen non ex inchoata ante alios sententiæ executione, sed demum ex quo illa ad finem perducta & solutio obtenta fuit, prælationem habere locum, adeoque alios, pendente executione per alium jam inchoata supervenientes, concurrere cum eo debere in captis pignoribus, tradit Groenewegen *ad l.* 10. *ff. qui pot. in pign.* Leeuwegen *cen. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 9. *ult. & cap.* 11. *num.* 1. Ex adverso, victori etiam ante capta pignora privilegium prælationis inter chirographarios statuta quædam tribuere, & si debitoris judicio conventi bona arresto detenta sint, in ea protinus ex lata sententia pignoris jus nasci creditori victori, docet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *num.* 11. *et* 17. Wassenaar *pract. jud. cap.* 22. *num.* 65. *in med. et num.* 76. Quæ tamen, si non statutis aperte cauta inveniantur, aut inveterato fori usu probata, admittenda non videntur; cum pignori capta judicati exsequendi causa intelligi nequeant, quæ tantum jurisdictionis fundandæ aut ad summum rei servandæ gratia actor publica fecit sisti auctoritate, & in quæ nulla executio dirigi potest, nisi elapsis illis dilationibus, sive longioribus sive brevioribus, quæ condemnatis lege vel more concessæ sunt.

33. Similiter nec dominis rei furto ablatæ, quæ non apparet, & ideo vindicari nequit, legalis hypotheca moribus data est pro æstimationis recuperatione in bonis furis aut raptoris; uti nec in rebus ex pecunia furtiva per furem comparatis; adeo ut ne privilegium quidem inter chirographarios ei tribuendum videatur, de quo latius *tit. qui pot. in pign. n.* 37. Et quamvis in ipsis rebus societatis socii reliqui potiores sint, ubi sociorum unus foro cessit, qui jam totam suam partem, quæ jure societatis ei competebat, quacunque fuerat ratione consecutus, per rationes expositas *tit. pro socio n.* 22. in reliquis tamen socii illius bonis neque jus taciti pignoris, neque ullam inter chirographarios prælationem habent pro consequendis iis, quæ socius foro cedens supra suam partem exegerat nec communicaverat, & ita cœperat societati debere; cum neque hypotheca neque personale privilegium uspiam iis in jure datum sit, neque ulla prælationis ratio ex societatis natura possit derivari. Esto enim, quod societas sit quoddam jus confraternitatis, non tamen inde prælationem deduxeris; cum nec veris fratribus, nec parentibus, liberisve creditoribus, ex sanguinis propinquitate jus ullum prælationis in bonis proximorum tributum sit. Vide Ant. Matthæum *de auct. l.* 1. *cap.* 19. *n.* 59. Denique nec ille hypothecam aut prælationem in fundo habet, cui reditus annuus, ex certo fundo præstandus, divenditus est, si non specialiter, & hodiernis moribus solemniter coram lege loci, fundus pro tali annua præstatione devinctus sit, arg. *l. ult. §. Lucius Titius* 1. *ff. de contrah. emt. l. quidam testamento* 96. *pr. ff. de legatis* 1. *Paulus Callinico* 27. *§. ult. ff. de legatis* 3. Jacob. Thomingius *decis.* 17. *num.* 11. Brunnemannus *ad d. l. ult. §. ult. de contrah. emt.* Dissent. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12 *defin.* 8.

34. Ceterum in quæstione, utrum legalis hypotheca alicui competat, nec ne; in mobilibus quidem spectanda lex loci, in quo debitor, de cujus bonis hypotheca afficiendis quæritur, domicilium solvet, cum illic mobilia ejus, ubicunque reperta, existera intelligantur, ut dixi *tit. de constit. Princip. parte altera, de statutis num.* 11. at immobilibus spectanda magis lex loci, in quo immobilia quæque debitoris bona sita sunt; cum certum sit, lege unius loci jus reale in alterius loci immobilia situm non mutantia, non posse constitui. Quæ prolixius discussa vide apud Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 35. *& seqq.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statutor. diversitat. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *pag.* 90. *& seqq.* Carpzovium *defin. for. par.* 1. *const.* 28. *defin.* 9. Paulum Voet *de statut. sect.* 9. *cap.* 2. *n.* 8.

TITULUS III.

Quæ res Pignori vel Hypothecæ datæ obligari non possint.

SUMMARIA.

1. *Quæ res pignori dari possint? Ubi de rebus extra commercium, & de iis, quæ sunt in commercio mobilibus, immobilibus, nominibus, instrumentis emtionalibus, militia, servitutibus, jure pignoris, emphyteusi, agris adscriptitiorum, feudis tum olim tum hodie pignori obligandis.*
2. *An res litigiosa, arresto jam tenta, arma militum, spes præmiorum athletis constitutorum? An bona pupilli sine decreto? An boves, aratores & instrumenta aratoria?*
3. *Non res aliena. An, & quo usque res communis obligari possit, ac post divisionem obligata maneat, sive privato sive fisco obligata sit?*
4. *Recensentur casus, quibus subsistit pignus alienæ rei. Convalescit utiliter, si is, qui pignori dedit, dominium acquisiverit, licet creditor sciverit, rem alienam fuisse. Quid juris, si diversis temporibus res eadem pluribus a non domino obligata sit, & is postea dominus fiat? Si nunquam res aliena oppignorata acquiratur obliganti, quale jus creditor habeat?*
5. *An convalescat pignus, si testator obligaverit rem Titii, & is postea testatoris heres extiterit?*

6. *Quo usque nostris moribus convalescat pignus rei aliena, ubi postea per obligantem dominium acquisitum est; tum in immobilibus, tum in mobilibus?*
7. *Recensentur casus, quibus velut pignus aliene rei, licet dominus non consentiat, nec obligans dominium acquirat, ubi de procuratore rem domini, administratore reipublica rem reipublica obligante; domino dominium suum callide dissimulante; cum alius obligaret; item ex moribus de eo, qui rem alienam mensa fænebri obligavit; de marito rem uxoris, vidua dimidiam partem feudi, stante matrimonio & communione inter conjuges emti obligante. Quid juris, si quis rem sibi commodatam, locatam, apud se depositam pignori obliges?*

1. CIrca res pignori obligandas regulam Gajus tradidit in *l. sed & quod* 9. §. 1. *ff. de pignorib. & hypothecis*, cum ait, *id, quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere posse.* Cui respondet regula Marciani contraria, *eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipi ab eo non posse*, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* Unde nec sacræ nec religiosæ res recte pignori obligantur, *l. si monumento.* 3. *C. h. t. l. sancimus* 21. *C. de sacrosanct. Eccles.* nec liber homo; cum ob æs alienum liberos homines servire creditoribus compelli, inhumanum sit; pœnis in eos constitutis, qui filiumfamilias a parente scienter pignori acceperint, *l. ult. ff. h. t. l. qui filios* 6. *C. h. t. ob æs alienum* 12. *& auth. imo C. de oblig. & action.* Adeo ut & aliena pecunia redemtus ab hostibus redemtori pro lucro non vere, sed *velut* naturalis pignoris jure & *vinculo quodam* dicatur teneri, *l. qui testamento* 20. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss. l. ab hostibus* 2. *C. de postliminio reversis.* De cetero pignori dari possunt res mobiles & immobiles, corporales & incorporales, veluti nomina & actiones, sic ut creditor, cui nomen obligatum est, utiles actiones habeat, *l. si convenerit* 18. *ff. de pignorat. act. l. nomen* 4. *C. h. t. l. cum convenit* 20. *ff. de pign. & hypoth.* adde *tit.* 1. *num.* 17. instrumenta emtionalia, quibus obligatis ipsæ res iis comprehensæ obligatæ censentur, *l. cum constet* 2. *C. h. t.* arg. *l.* 1. *C. de donation.* militia venalis; *novell.* 97. *cap. quia vero* 4. (Cujacius *ad novell.* 53. *part.* 4.) jus emphyteusios aut superficiei, *l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pignore, l. tutor* 16. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. grege* 13. §. *& in superficiariis* 3. *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor. & hypoth.* jus ipsum pignoris, dum creditor pignus pignori dat. *tit. C. si pignus pignori datum sit*, jus ususfructus sive constituti sive constituendi, *l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* Castillo Sotomaj. *de usufructu. cap.* 70. Bachovius *de pignorib. lib.* 2. *cap.* 6. servitutes prædiales, secundum distinctiones traditas *in tit. communia prædiorum num.* 8. Et quamvis feuda secundum scriptas fundorum consuetudines sine domini directi consensu non potuerint pignori vel hypothecæ obligari *lib.* 2. *feud. tit.* 55. ac hoc jus in feudis rectis etiamnum duret, ac in agris adscriptitiorum quoque, quasi feudis quibusdam, pignus sine domini consensu constitui non posse, testetur Fredericus a Sande *de Feudi Gelria tract. præliminari cap.* 1. *num.* 4. Lam. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 13. *num.* 14. *vers.* 3. tamen in nostratibus feudis hereditariis (*Onversterfelyke Erf. Leenen*) consensus domini necessarius non est; si modo oppignoratio solemniter apud Curiam feudalem facta sit, secundum ea quæ *tit.* 1. *n.* 9. dicta.

2. Non tamen recte pignori obligatur res litigiosa, nisi quatenus & vendi posset, pignore saltem nihil operaturo in præjudicium illius, qui de ea litem movet, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Longe minus res, quæ in executione jam publica auctoritate sequestrata est; vel etiam arresto tenta cum interdicto de non alienando. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 15. & 27. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 85. nec arma militum, arg. *l. qui commeatus* 14. §. 1. *ff. de re militari. Krygs Ordonnantie van de Grave van Lycester* 14. *Feb.* 1586. *art.* 21. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 165. *Militaeren Artikel Brief* 13. *Aug.* 1590. *art.* 71. 72. *d. vol.* 2. *pag.* 178. *Artikel-Brief ter Zee* 27 *April.* 1629. *art.* 63. *d. vol.* 2. *pag.* 196. Nec spes præmiorum athletis constitutorum, *l. spem eorum* 5. *C. h. t.* licet ipsa præmia jam obtenta judicati exsequendi causa pignori capi possint, *l. commodis* 40. *ff. de re judicata*, quod & de militum ac sacerdotum stipendiis, nonnullis placet, arg. *l. stipendia* 4. *C. de executione rei judicatæ.* Cujacius *ad novell.* 53. *par.* 4. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 34. Nec bona pupilli sine decreto, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt sine decreto non alienand.* nisi mobilia sint, & nummi, pro quibus obligata, in rem pupilli re ipsa versi; secus si eos in utilitatem tutoris versos appareat, *l. tutor, lege* 16. *ff. de pignorat. act.* junct. *l. pen. C. si res aliena pign. data sit.* Nec boves aratores aut villici aut instrumenta ad culturam agri pertinentia, *l. executores* 7. *l.* 8. *& auth. agricultores C. h. t.* quæ tamen in subsidium, deficientibus aliis, judicati exequendi gratia potuisse capi, probabile est, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *defin.* 16. Groenewegen *ad l.* 7. *C. h. t.* quod & nominatim a Zelandis cautum, *Instructie voor de Deurwaarders van Zeelant* 29. *Junii* 1607. *art.* 19. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1134. Quemadmodum etiam nihil vetat, hæc omnia per colonum domino locatori prædii rustici pro pensionibus obligari expressa conventione, cum ita minor subsit metus agriculturam desertum iri, arg. *l. certi juris est* 5. *C. de locato.* Quin & cum prædiis ipsis obligatis aratoria quoque instrumenta, velut accessiones, pignori recte obligata fuisse, paret ex *l. debitor pactus* 32. *ff. de pignor. & hypoth.* Denique nostris & aliorum moribus hæc, æque ac res alias quascumque, pignoris vinculum admittere, tradit Gothofredus *ad d. l.* 7. *C. h. t.* Leewen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *n. ult.*

3. Rem alienam quod attinet, ea invito domino obligari nequit, *l. quæ prædium* 6. *C. si aliena res pign. data sit*, arg. *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* In quo pignus a venditione distat, cum & aliena res vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. de contrah. emt.* Etsi enim id quod venditionem recipit, quia in commercio est, etiam pignorationem recipere possit, *d. l.* 9. §. 1. *de pign. & hypoth.* junct. *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* non tamen ab omni eo, qui rem vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cum ex pignoris aut hypothecæ constitutione creditori nasci debuerit jus pignoris adeoque jus in re, necesse fuit, ut jus in re haberet, qui jus pignoris alteri constituere vult: at venditor emtori nul-

lum constituit jus in re, sed tantum ex contractu venditionis suam personam ad rem tradendam obligat; ad quod non opus est, ut ullo jure in re munitus sit. Proinde, si quis rem sibi cum alio communem pignori obligaverit creditori suo, ea sola pars, quæ debitoris est, obligata intelligitur, *l. unic. C. si communis res pignoris data sit*, *l. creditor* 3. §. *ult. ff. qui pot. in pignore*, sive privato, sive ipsi fisco obligata sit res, quæ debitori cum extraneo communis erat: nam etsi fisco datum sit jure singulari, ut rem sibi cum alio communem distrahere in solidum possit, adeoque cum sua etiam socii partem, *l. 2. C. de commun. rerum alienat. l. unic. C. de vendit. rerum fiscal.* quin & vendere pignus, quod antiquiori creditori nexum erat, & ex cujus pretio nihil fisco cedere debebat, nisi post dimissum illum creditorem tempore anteriorem, *l. res, quæ in* 22. §. *res autem* 1. *ff. de jure fisci*, hæc tamen ad rem debitori fiscali cum aliis communem ac fisco obligatam porrigenda non sunt, nec fisco quicquam amplius præter eam partem, quæ ad debitorem pertinet, distrahere permittendum; tum quia privilegia strictam recipiunt interpretationem, ac ne ad similia quidem, longeque minus ad disparata, trahi debent; tum quia fiscus non plus potest, quam is in cujus locum succedit, & a quo jus habet, ac proinde, uti debitor non nisi suam potuisset partem distrahere, ita nec fiscus, quippe qui in jus privati succedens privati jure utitur, *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 25. Interim in rerum communium obligatione Romanis placuit, creditori in tota re pro parte indivisa pignus competere, usque adeo, ut ne per divisionem quidem inter socios factam ea sola pars, quæ debitori cessit, obligetur, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia devincta maneat, *l. si consentit* 7. §. *ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* arg. *l. is, qui fundum* 31. *ff. de usu & usufr. legato*, *l. rem hereditariam* 65. *ff. de eviction.* imo etiam post rei totius adjudicationem, uti socio factam, nihilominus in re tota pro parte dimidia indivisa pignus perduret, *l. si quis, putans* 6. §. *si fundus* 8. *ff. communi divid.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 23. *defin.* 31. *n.* 6. 7. etsi contra judicatum commemoret Annæus Robertus *rerum judicat. lib.* 3. *cap.* 19.

4. Plane domino consentiente aut ratum habente quin jus pignoris constitui a non domino possit, dubium non est, *l. aliena res* 20. *ff. de pignorat. act.* sive expressus sive tacitus domini consensus intercedat, secundum ea quæ *tit.* 7. *num.* 1. dicta sunt. Sed & sub conditione res aliena utiliter obligatur, si debitoris facta fuerit, *l. si fundus* 16. §. *aliena res* 7. *ff. de pignor. & hypoth.* qualis etiam conditio subauditur, si quis alteri obliget rem necdum suam sed sibi debitam; quam ab eo, ad quem dominium perventurum est, obligari posse, palam est ex *l. creditor* 3. §. *cum ex causa* 1. *ff. qui pot. in pign. l.* 1. *ff. de pignor. et hypoth.* sicut & fructus nascituri obligantur ita, ut utilis actio regulariter ad eorum persecutionem detur, *l.* 1. §. *cum prædium* 2. *ff. de pign. et hypoth.* Quid, quod etiam ex post facto convalescere possit pignus alienæ rei sine ulla conditione pignori datæ, ut utilis saltem actio competat; puta si is, qui pignori obligavit, acquirat deinceps dominium rei, *l. cum res* 5. *C. si alien. res pignorat. sit*, *l. rem alienam* 41. *ff. de pignorat. act.* sive vero rei domino heres extiterit, *item si filiusfam.* 7. §. *sed et si filiusfam.* 2. *ff. ad Senatusc. Macedon.* sive ex particulari titulo dominus rei effectus sit. Nec interest, sciverit creditor tempore obligationis, an ignoraverit, rem alienam esse, si modo postea vere dominium obliganti quæsitum sit, cum confirmato jure stantis etiam jus accipientis confirmetur, arg. *l. cum vir* 42. *ff. de usurpat. et usucap. l. pen. ff. de fundo dotal.* Nam etsi *difficilius* creditori, qui non ignorabat alienam, utilis actio detur secundum Papinianum, sed facilior possidenti retentio sit, *l.* 1. *pr. ff. de pignor. & hypoth.* tamen & ea, quæ *difficilius*, ac *vix* dantur, conceduntur, permittuntur, adhuc dari ac permitti, patet, *l.* 1. §. *deinde* 9. *in fine*, *et* §. 10. *ff. de postulando*, arg. *l. nonnunquam* 8. *in fine ff. de collation.* junct. *l. ult. C. de repudianda heredit.* & arg. §. *item is* 2. *Instit. de usu et habitat.* in verbo *vix* junct. *l. cui usus* 2. §. 1. *l. plenum autem* 12. §. 1. *in med. ff. de usu et habitat.* & arg. *l. vix certis* 53. *ff. de judiciis.* Errant sane, qui *difficilius* in *d. l.* 1. *ff. de pign. et hypoth.* interpretantur, per *non* seu, *nullo modo*, adducta in finem, *d. l.* §. *ff. de collation.* & *l. venditi actio* 6. *C. de action. emti*, *d. l.* 1. §. 9. *ff. de postulando.* Etenim, quamvis in *d. l.* 6 rescriptum sit, venditi actionem *non facile* ad rescindendam venditionem dari; si non ab initio aliter convenerit, tamen & citra conventionem talem dari aliquando emti venditi actionem ad resolvendam venditionem, patet ex *l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* 5. *ff. de act. emti.* Et quod attinet *d. l.* 8. *ff. de collation.* quæritur illic, an filius emancipatus, qui de conferendo cavere noluit, sed postea mutato consilio cautionem offert, audiendus sit? & ait Papinianus, quosdam putasse eum audiendum esse, quia nonnumquam prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur; & quamvis responderi posset, videri eum possessionem repudiasse, qui formam possessionis conservare noluit; benigniorem tamen esse diversam sententiam, maxime, cum de bonis parentis inter fratres disputetur. Subjungens tamen, se existimare, filium talem *facilius* admittendum esse, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat: nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, *difficilius esse.* Est nempe *difficilius*, quatenus non tanta benignitatis ratio in hoc militare videatur, qui ultra annum voluntariam moram cautionis produxit; sed cum modi, quibus quis ad cautionem interponendam compelli solet, conquiescant, ubi id, quod præstandum erat, offertur, atque ita oblata cautione legatorum vel damni infecti nomine, aliave simili, ob quam ab initio denegatam missio in possessionem facta fuerat, is, qui missus erat, de possessione jubetur decidere, *l. si pecuniæ* 6. §. 1. *ff. ut in possess. legat. etc. esse liceat*, *l. si Legatarii* 11. *ff. ut legat. seu fideic. etc. cav.* junct. *l. is cui* 5. *pr. ff. ut in possess. leg. etc. esse liceat*, ac fructuario, cui cavere nolenti hereditariæ denegatæ fuerant actiones, eædem permittantur, ubi cavere paratus est *l. si cujus* 13. *pr. ff. de usufr. et quemad. quis utat.* nulla ratio est, cur non eodem modo frater post annum morator respectu cautionis, admittatur adhuc ad cautionis oblationem, si legitime intra annum agnoverit ipsam bonorum possessionem; prout & generaliter absque ulla temporis distinctione, Ulpianus

scripsit, *si per contumaciam*, (id est propter contumaciam cavere detrectantis) *actiones* (hereditariæ scilicet) *denegatæ sunt, oblata cautione recipi pristinum jus, l. 1. §. si frater* 10. *ff. de collation.* licet verum sit, minus benignitatem juris mereri eum, qui diutius, quam qui breviore tempore in contumaci cautionis præstandæ detractatione perseveravit; adeoque illum quidem difficilius, hunc facilius, sed tamen utrumque adhuc audiendum esse, dum prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur, ut habet principium *d. l.* 8. *§. de collation.* Denique etiam cum in *d. t.* 1. §. 9. *ff. de postulando* dicitur *difficile* impetranda restitutio, non omnem restitutionis impetrationem excludi, sed a principe concedi posse, licet non tam facile concedatur, manifestum est ex *tot. tit. ff. de sententiam passis et restitutis*, ubi in metallum damnati, & ita servi pœnæ facti, & deportati, adeoque capitalis judicii damnati, proponuntur restituti. Porro, sicut in superioribus, ita & in nostro casu rei alienæ pignori datæ dicendum, *difficilius* quidem creditori, qui non ignoravit alienum, utilem actionem dari, sed *faciliorem* esse possidenti retentionem, *d. l.* 1. *pr. ff. de pign. et hypoth.* nec tamen ideo actione eum utili totum destitui, quatenus non quidem adversus omnes, sed tamen contra ipsum debitorem, qui obligavit, jam dominum factum, & adversus eos, qui a debitore illo, jam domino effecto, causam seu rem illam habent, ab eoque tanquam auctore defendi debent, quoties ipsis ea de re iis moveatur, actionem habet: quia qui ita oppignoravit, suum utique factum præstare debet, ne ex suo mendacio arguatur: & ideo quoque improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur, ut argumentatur Paulus Jurisc. in *l. rem alienam* 41. *in fine ff. de pignorat. act.* ita post alios Meyerus *Coll. Arg. h. t. n.* 2. Parum faciente eo, quod creditor scienter accipiens pignori rem alienam, non debeat ex improbitate sua actionem consequi, arg. *l. itaque fallo* 12. *§. sed furti* 1. *ff. de furtis*; *l. non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.* cum id de actionibus pœnalibus, ex quibus lucrum captatur, verum sit, non item de rei persecutoriis, quas & furi ac prædoni rerum furtivarum intuitu competere, patet ex *l. commodare* 15. *l.* 16. *ff. commodati.* Nec hisce obest *l. qui balneum* 9. §. *ult. ff. qui potiores in pign.* Quippe cui legi ut sua constet ratio, & Jurisconsulti ipsius ratiocinium, necesse fuerit, eam accipi de casu, quo mulier Titio prædium alienum pignori dedit, post Mævio, sed non simpliciter Mævio, verum sub conditione, si prædium illud desierit Titio teneri; juxta conventionem, quæ proposita est in *l. creditor* 12. §. *a Titio* 8. *ff. qui potiores in pignore*, quod & Glossa voluit *ad d. l.* 9. §. *ult.* Nam si postea Mævio simpliciter idem prædium a muliere necdum domina devinctum fuisset, ratio nulla reddi potest, cur non æque Mævio ac Titio protinus ab acquisito per mulierem dominio jus pignoris firmatum esset; ita tamen ut prior Titius potior esse debeat, si forte pignus utrique non sufficeretur, *l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pign.* Ut enim tunc, cum verus dominus diversis temporibus eandem rem duobus pignori dat, non dissimulato apud posteriorem nexu priore, utrique jus pignoris statim nascitur, licet prior tempore potior jure sit, *l. creditor.* 12. *si simpliciter* 7. *ff. qui pot. in pign.* ita quoque protinus a tempore acquisiti dominii in re per non dominum duobus oppignorata convalescit utrique pignoris jus, sed salva inter eos temporis ratione: quod jus semel utrique quæsitum sive fortius sive debilius, non potuit deinceps adimi per factam a muliere in dotem dationem. Cui difficultati cum neque Cujacius satisfecerit *tract.* 8. *ad Africanum ad d.* 9. §. *ult.* neque Bachovius *tractat. de pignoribus ult.* 2. *cap.* 4. *num.* 7. standum magis erit opinioni glossatoris terminos habiles legi secundum ante dicta concipientis. Sane, si ei, qui rem alienam pignori dedit, postea acquisitum non sit dominium, creditorem, qui bona fide ab eo, quem dominum esse putabat, cum non esset, sed tamen ejus conditionis ut Publiciana uti potuerit, sic Prætor tuetur per Servianam adversus alios jure debiliori munitos, quemadmodum debitorem per Publicianam, *l. si ab eo* 18. *ff. de pignoribus et hypoth. l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pignore.* Adde *tit. de Publiciana act. num.* 6. *post med.* & præcipue *tit. qui pot. in pign. n.* 31.

5. Quod si testator obligaverit rem Titii, qui postea testatori successit, an & hac ratione pignus utiliter convalescat, incertum est, cum id Modestinus affirmare videatur in *l. si Titio* 22. *ff. de pignorib. & hypoth.* Paulus vero negare, in *l. rem alienam* 41. *ff. de pignorat. act.* Sunt qui distinctione inter æquitatem & strictum jus dissidium hoc tolli posse putant; accipientes *d. l.* 41. de juris rigore; de æquitate vero *d. l.* 22. Sed sine fundamento, cum in *d. l.* 41. non de rigore juris, sed tantum de æquitate quæsito concepta fuerit, an scilicet utilis actio pignoratitia creditori detur, secundum verba prima *d. legis* 41. & hoc ipsum negetur. Aliis placuit, ipsum quidem pignus directo non convalescere eo casu, sed tamen utilem pignoratitiam contrariam creditori dari adversus heredem debitoris qui dominus rei est, ad id quod interest rem alienam a defuncto pignori datam esse, juxta *l. si rem alienam* 9. *pr.* & *l. cum debitore* 32. *ff. de pignor. actione.* Sed nec hac ratione difficultas sublata est, dum eandem *utilem* pignoratitiam, quam Modestinus dedit in *d. l.* 44. quamque Paulus in *d. l.* 41. etiam dandam censuit in casu, quo res alienæ pignori data erat, cujus dominium postea ad debitorem pervenerat, idem tamen Paulus negat, si Titius cujus res per debitorem pignori data erat, debitori heres factus sit. Ne dicam, pignoratitiæ actioni ad id quod interest non modo locum fore contra heredem debitoris rem alienam obligantis, si verus rei dominus debitori heres sit, sed & si quilibet alius; eodem modo, quo debitor ipse vivus ob datam rem alienam ad id quod interest fuisset damnandus. Nec est, quod regeras, hereditatem, si rei dominus sit, actione pignoratitia contraria ad id compelli, ut sua conventione pignus confirmet, quia heres præstare debet factum defuncti. Etenim, etsi adeundo se obliget, ut præstet defuncti factum, non tamen etiam, ut nova conventione, contractu novo firmet illud, quod a defuncto non recte atque ordine factum est. Quæ cum ita sint, magis est, ut inspiciamus, utrum testator rem Titii, qui postea testatori heres existit, obligaverit simpliciter, ignorante eo, an vero invito eo & prohibente: ut, si quidem eo ignorante id factum sit, utiliter saltem pignus convalescat; convenienter *d. legi* 22. quæ expresse meminit *domini ignorantis*: sin eo invito & prohibente, ne utiliter quidem pignus ex post

facto sustineatur, idque secundum *d. l.* 41. in qua nulla *ignorantis* mentio est, sed ejus, qui rem Titii, postea succedentis, obligaverat *sine Titii voluntate*, adeoque intelligens satis, se id invito domino facere, eumque, si intellexisset, non promissurum, uti in materia furti Imperator loquitur, *§. placuit* 7. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*.

6. Nostris tamen moribus non per omnia servantur ea, quæ de rei alienæ pignore per acquisitum postea a debitore dominium convalescente, dicta sunt; sed in solis mobilibus alienis pignori datis locum habent. Nam si quis immobilia aliena, utcunque sibi jam debita, veluti jam sibi vendita sed necdum tradita, solemniter coram lege loci specialiter pignori obligaverit tanquam sua, ac post eorum acquisiverit dominium, non aliter ea pignoris vinculo tenebuntur creditori, quam quatenus sub clausula generalis hypothecæ futura quoque continentur, ac ita generaliter creditori incipiunt obligata esse. Cui consequens est, ut, si debitor post acquisitum dominium eandem rem immobilem rursus alteri coram lege loci specialiter obligaverit, posterior creditor hac speciali munitus hypotheca potior futurus sit in Hollandia ac locis aliis, ubi generalis anterior postponitur speciali posteriori; uti & judicatum refert auctor appendicis decisionum *post respons. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 21. *in med.*

7. Restant enarrandi casus nonnulli, quibus tum jure Romano tum nostris moribus effectum sortitur pignus in re aliena constitutum, etsi neque consensus domini accesserit, neque obliganti postea dominium quæratur. Si enim procurator sine domini voluntate rem pignori dederit, licet frustra dedisse videatur, tamen, si pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio quod numeratum est exsolvi desideranti, *l.* 1. *C. si aliena res pignori data sit.* Præterea, qui bona reipublicæ jure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiens rem ejus obligare potest, *l. si is, qui* 11. *ff. de pignor. & hypoth.* illis scilicet in casibus, quibus & civitatem ipse potuit obligare, arg. *l. civitas* 27. *ff. de reb. creditis.* Adde *tit. de reb. cred. n.* 11. Sed &, si domino rei sciente ac callide dissimulante, res ejus a non domino obligata fuerit creditori ignoranti, pignus tenet in pœnam fraudis, qua creditoris ignorantiam circumscripsit, *l. si probaverit* 2. *C. si aliena res pign. data*, *l. mulier* 11. *C. de distract. pignorum.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 6. Schwartseuthaler *de pignoribus cap.* 57. *num.* 9. Nostris quoque moribus id datum ex privilegio illis, qui mensam fœnebrem exercent, quod res alienas sibi pignori obligatas veris dominis supervenientibus, ac res suas persequentibus, restituere non compellantur, nisi receptis nummis a se bona fide numeratis, Groenewegen *ad rubric. Cod. si aliena res pign. data sit.* Adhæc licet maritus jure civili fundum dotalem ne consentiente quidem uxore obligare potuerit, *pr. Instit. quib. alien. licet vel non*, nunc tamen jure maritalis potestatis uti rem mulieris invita ea alienare, ita & obligare apud nos potest, etiamsi inter conjuges statutaria bonorum omnium communio exclusa sit. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 151. Confer Neostadium *de pactis antenupt. observ.* 16. *in notis.* Denique & mulier vidua saltem dimidiam feudi stante matrimonio emti, & jure communionis uxori quæsiti, recte obligat; etsi feudum ipsum, velut individuum quid, in universum penes maritum aut ejus heredes remaneat, dimidiata pretii parte uxori refusa; in quantum scilicet mulieris creditor in parte illa pretii necdum soluta, sed adhuc solvenda, ceteris mulieris istius creditoribus potior futurus est. Licet enim vulgo pretium pignoris non succedat in pignoris locum, nec pignori esse intelligatur, ut dictum *tit.* 1. *num.* 5. id tamen de pretio jam numerato tantum verum est, sed in numerando adhuc individuæ rei pretio quod ex judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo sociorum alteri obventurum est, contra dicendum videtur, si ea rei communiter emtæ natura sit, ut res uni, alteri pretium pro rata cedere debeat, uti id in feudis nostratibus hereditariis stante matrimonio coemtis receptum est; quasi ea, quæ pretio contenta esse tenetur, non tam rem quam jus suum pro pretio rei consequendo videretur devinxisse. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *vol.* 2. *consil.* 98. Quod si extra causam pignorum mensæ fœnebri obligatorum privatus quispiam rem sibi commodatam locatamve, apud se depositam, tanquam suam pignori obliget, in Hollandia pignus regulariter non tenere, judicatum refert Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *n.* 15. 16. 17. refutans Groenewegium dissentientem. Adde statutum Leydense *art.* 140. Sane, quibus in locis alienatio rei per commodatarium depositarium aliosque sine domini voluntate facta impedit ipsi domino alienatæ rei vindicationem, ibi & oppignoratæ repetitionem domino denegandam esse, verius est; nisi dominus pignus luat, secundum ea, quæ plenius a me tradita *tit. de rei vindicatione n.* 12.

TITULUS IV.

Qui potiores in Pignore vel Hypotheca habeantur, & de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria? An, & quando detur, si pro debito conditionali pignus pure, aut vice versa, aut pro debito conditionali sub alia conditione pignus obligatum sit?*
2. *Datur contra quosvis bona vel mala fidei possessores. An & contra eum, qui cum debitore litigavit de proprietate ac victor evasit? Ter distinctionem inter pignus in specie & hypothecam explicatur.*
3. *Jure novo tertius possessor conveniri nequit, nisi excusso debitore & fidejussoribus ejus. An id obtineat, si quis sciens pignus emat, vel post litem debitori de pignore motam, vel res non generaliter sed specialiter obligata sit? Nostris moribus reductum in immobilibus jus antiquum & electio. Si prædibus cautum, prius pignora excutienda, dein fidejussores. Ultrajecti & in Flandria prius pignora immobilia penes tertium existentia excutienda, antequam debitor personali actione conveniatur. Quid juris, si mobilia pignora a tertio possideantur?*
4. *Cum res plures pro uno debito obligatæ sunt, vel res una, sed postea inter plures coheredes divisa, vel uni ad judicata, creditor res singulas & singulas partes,*

a quocumque possessor, pro solido debito potest excutere, nec cogi potest, ut dividat actionem.

5. *Si unus ex pluribus heredibus solidum solverit debitum hypothecarium, quibus actionibus ei contra coheredes consultum sit? An & tertiis tum justis tum non justis pignorum possessoribus actiones cedi debeant per creditores adversus caeteros possessores rerum aut partium pro eodem debito obligatarum, si hypothecaria conventi solidum debitum solvere parati sint?*

6. *Qui hypothecaria conventus solidum solvit, non solidum sed pro rata a reliquis aliorum pignorum possessionibus repetit. Si pignus iterato alienatum sit, hodie primus emtor ex aequo conveniri potest de pretio, quod ipse rursus ex venditione redegit, si constet, ultimum possessorem de evictione actionem adversus eum habiturum.*

7. *In quo intersit, utrum creditor hypothecario agat contra debitorem, an vere contra tertios possessores?*

8. *Si res eadem pluribus eodem tempore per partes vel in solidum obligatus sit, quo modo singuli agere possint tam contra tertios quam inter se, tum jure Romano tum moribus?*

9. *Quamdiu olim, & jure novo Justinianeo duraverit actio hypothecaria? An usucapione rei pignoratae jus pignoris evanuerit? & quid nunc apud nos obtineat?*

10. *De judicio concursus & praelationis inter creditores. An, & quando pendente vel jam finito concursus judicio creditores alii supervenientes adhuc audiendi sint? an tunc per eos, qui jure debitori gaudent, cum sorte accepta etiam medii temporis usurae reddendae sint?*

11. *An pecunia ex pignorum venditione redacta pendente judicio concursus fenori collocari possit in usum creditorum? Quibus creditoribus ante finitum hoc judicium solvi possit? Quo modo cogi possint graphiarii & similes ad nummos secundum sententiam praelationis distribuendos?*

12. *Quo in loco judicium concursus & praelationis agitandum sit?*

13. *Omnibus creditoribus anteponuntur domini habentes rerum suarum vindicationem, quales plurimi recensentur. Quid si quis aurifabro, sartori &c. aurum dederit, ut inde vasa, vel pannum, ut inde vestis fieret? An si res nostra culpa vel dolo commodatarii, conducteris & similium perierint, privilegiam nobis inter chirographarios pro aestimatione competat? An rei furto subducta dominus pro rei aestimatione privilegium habeat in bonis furtivis, vel rei furtivae venditae pretio adhuc debito, vel rebus ex pecunia furtiva emtis?*

14. *De his qui apud mensam publicam nummos deposuerunt, an in bonis mensulariorum fore cedentium praelationem habeant? An & hi qui hodie pecuniam in graphejo deposuerunt, si graphiarius eam in suos usus converterit, ac solvendo non sit?*

15. *An, & quando praelationem habeant, quando ex adverso ne concurrant quidem in pretio domini, qui res suas, pro alieno debito per errorem subhastatas, vendi passi sunt, nec se opposuerunt, per distinctiones explicatur.*

16. *Hypothecarii creditores praeferuntur chirographariis; nisi quis in vendinionem ac proscriptionem rerum debitoris & similia sit annexa, vel in inventari. confectionem vel in funus defuncti crediderit. Quid juris, si sint hypothecarii privilegiati & non privilegiati, magis & minus privilegiati, aeque privilegiati?*

17. *Iterumque illos, qui specialem in re singulari hypothecam habent cum privilegio, potiores esse illis, quibus in omnia bona jus hypotheca datum est. Et quo ordine materia praelationis commodissime videatur explicanda?*

18. *Praefertur omnibus qui in militiam emendam credidit cum pacto pignoris in scripturam redacto. An id hodie adhuc obtineat in iis, qui ad munus venale emendum crediderunt? Quale jus habeat, qui credidit in emtionem rerum cum pacto, ut sibi res emtae pignori sint? Et quid si venditorem immobilem vendiderit fide de pretio habita, si ipso solemnis traditionis instrumento, vel postea ex intervallo, res illa ei pro residuo pretio obligetur?*

19. *Qui in refectionem aedium aut navis crediderunt, habent in navi vel domo privilegium cum hypotheca; item locatores praediorum in invectis & illatis praeclusis, domini directi & similes pro canone, solario, censu; Universitas agrorum aggere munitorum, in praedio singulorum pro impensis aggerum molendinorum, & plures alii.*

20. *Quid juris, si cum illis, qui in emtionem domus aut navis crediderunt, quive de pretio praedii venditi cum pacto solemni pignoris contendunt, concurrant qui postea crediderunt in refectionem? Quid si alii prius alii postea crediderint in refectionem domus aut navis? Quid, si domini directi pro solario, canone &c. consurrant cum iis, qui in reparationem aggerum & molendinorum crediderunt?*

21. *Mulier, sponsa, uxor putativa habet hypothecam cum privilegio in omnibus mariti bonis pro dote & argumento ejus. An & pro paraphernis? An & pro acerbis sponsalitiis? Quid moribus?*

22. *Post mulierem fiscus agens ex causa primipilari, & pro tributis in omnia civium bona. Quid sit causa primipilaris? An jus causae primipilaris extendendum ad eos, qui stipendia militum in castris procurant, inter milites distribuenda?*

23. *Quale jus nostris moribus habeat fiscus pro tributis et vectigalibus?*

24. *In quibus debitoris bonis fiscus hypothecam cum privilegio habeat, si ex contractu agat?*

25. *Quo usque hoc fisci jus adhuc moribus usum inveniat? Pupillos, minores, civitates, ecclesias, fiscum in bonis tutorum administratorum hypothecam quidem, at non privilegium habere.*

26. *Si statuto quadam persona aut causae enumerentur privilegiata, an praecise eo veniant ordine, quo nominatae? et an non nominati intelligi debeant privilegio destituti, si jure civili privilegiati sint?*

27. *In simplicibus hypothecariis qui prior est tempore potior est jure, tum in pignore, tum in accessionibus: et tum pro debito principali, tum pro usuris, et poena in conventionem deducta, si et pro his pignus obligatum sit; item pro impensis necessariis in pignus factis. Quid moribus obtineat circa usuras?*

28. *Regula, qua prior tempore potior jure est, locum habet in pignore expresso, tacito, judiciali, sive*

ejusdem sive diversi generis hypothecarii creditores sint. An, et quatenus in pignore prætorio? An, et quatenus in generali? et quid si alius generale alius speciale habeat, tum jure Romano tum moribus?

29. *Prælatio non tantum ex diei sed & horæ prioritate æstimanda est. Quid si duabus simul res eadem obligetur? Quid si duobus separatim eodem die, nec hora utrique vel alterutri obligationi addita sit? Quid, si quis domum locatam vendiderit cum pacto, ut primi anni pensiones venditori, sequentium annorum emtori cedant, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque sequatur? Quid si hodie duæ immobilium hypothecæ eodem die in acta publica relatæ sint?*

30. *Quid juris in prælatione, si hypotheca uni sub conditione, alteri dein, pendente illa conditione, res eadem pure obligata sit? Quid juris, si pro debito conditionali hypotheca constituta sit pure, & pendente debiti conditione, eadem res alteri pro debito puro obligetur, per distinctionem & exempla explicatur. Et quid, si pro debito incertæ quantitatis adhuc nascituro pignus obligatum sit?*

31. *Quid juris, si res uni a non domino, alteri ab eodem jam domino facto obligetur? Quid si eadem res ab eodem non domino diversis alio atque alio tempore obligetur, & is postea dominium acquirat? Quid si a diversis non dominis res eadem diversis creditoribus obligata sit?*

32. *Novatione facta & pignoribus renovatis, durat temporis prioris prærogativa in pignoribus.*

33. *Quid si antiquior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam? vel suum jus pignoris callide dissimulaverit? vel priori per privatum, posteriori per publicum instrumentum res obligata sit?*

34. *Hypothecarii posteriores creditores priori etiam invito offerentes debitum, in jus ejus succedunt; chirographarii, & extranei non aliter, quam si id actum sit; vel pro debitore fiscali fisco solutum sit; vel possessor pignoris hypothecaria conventus offerat debitum.*

35. *Oblationes invito hypothecario factæ habuerunt quandam iniquitatem, & tamen simul necessitatem. Cur nostris moribus cessent tales oblationes? Quo modo hodie creditum hypothecarium alteri cedi possit? An præter hypothecam alia privilegia transeant in cessionarium?*

36. *Quid juris, si chirographarii magis & minus privilegiati vel æque privilegiati concurrant? An non privilegiati debita exacta restituere teneantur chirographariis privilegiatis?*

37. *Recensentur privilegiati chirographarii, civitates in bonis eorum quibuscum contraxerunt; famuli & ancillæ pro mercede. An domini pecuniæ furto ablatæ in rebus ea pecunia emtis, vel in pretio ex rebus furtivis per furem venditis adhuc debite? Quid, si alii ex oneroso, alii ex lucrativo titulo creditores sint?*

38. *Cujus loci statuta circa jus prælationis observanda sint, per distinctiones traditur.*

1. ETsi vulgo actiones a creditoribus adversus debitores intentari solent, tamen ubi debitor solvendo esse desiit, accidit frequenter, ut creditores, omisso debitore, in se invicem ruant, ac magnis inter se animis disputantes de prælatione in bona debitoris, seu, πρωτοπραξία mutuis sese tenent vulneribus conficere. Antequam autem de ipso agatur prælationis jure, consultum fuerit præmittere actionis hypothecariæ pleniorem tractationem. Sciendum enim ex jure pignoris actionem nasci in rem, prætoriam, arbitrariam; tum Servianam de rebus coloni illatis invectis in prædium rusticum & expresse pro pensione locatori obligatis, tum quasi Servianam, quæ & *hypothecaria & utilis Serviana*, quandoque etiam simpliciter *Serviana* appellatur, §. *item Serviana* 7. *Institut. de action. l.* 1. §. 2. *l. vel quæ* 7. *l. si debitor* 10. *l. si inter ia* §. 1. *ff. de pign. & hypoth.* qua generaliter creditores pignora & hypothecas expresse vel tacite vel lege sibi devinctas persequuntur, si sibi a debitore vel pignorum possessoribus haud satisfiat, *l. si fundus* 10. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pign. & hypoth.* Nec quicquam inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, præter diversum nominis sonum interest, *d.* §. 7. *Inst. de action. l. res hypotheca* 5. §. 1. *ff. de pignor. & hypoth.* Interest tamen, utrum pro debito puro pignus sub conditione, an pro debito conditionali pignus pure, an denique pro debito conditionali pignus sub alia conditione obligatum sit; primo namque casu non ante creditor hypothecaria experiri potest, quam si conditio hypothecæ extiterit, sed officio judicis possessor rei sub conditione obligatæ cavere jubetur, se restituturum hypothecam, si conditio extiterit, nec pecunia soluta sit, *l. grege* 13. §. *pen. ff. de pign. & hypot.* Secundo quo casu ante conditionis existentiam non recte agitur, quia nihil ante debetur, *d. l.* 13. §. *pen.* Tertio vero casu non ante conditionis utriusque eventum huic actioni locus est, cum, una tantum existente, vel debitum principale etiamnum defuturum sit, vel hypothecaria necdum sit nata. Adde *tit. de judiciis n.* 28. & *tit. de in jus vocando num.* 20.

2. Intentari potest hæc actio non tantum contra ipsum debitorem, eumve, qui pro debitore rem suam obligavit, sed & contra tertium quemvis bonæ vel malæ fidei possessorem, eumque, qui dolo malo possidere desiit, *l. si fundus* 15. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pignor. & hypoth.* Cum enim jus pignoris non personæ sed rei annexum sit, debitor neque donando, neque vendendo, neque permutando, neque ullo alio modo alienando, illud creditori auferre potuit, *l. si dominam* 9. *l. debitorem* 15. *C. de pign. & hypoth. l. l. vicus.* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Quid, quod & his recte hac conveniuntur actione, qui de proprietate res pignori obligatæ cum debitore obligante litigavit rei vindicatione aut petitione hereditatis, & victor evasit, si modo pignoris obligatio lite illa antiquior sit, maxime si debitor creditorem non monuerit, *l. si superatus* 3. *pr.* & §. 1. *ff. de pignor. & hypoth. l. judicatæ quidem.* 29. §. 1. *ff. de except. rei judic.* & res tantum hypothecæ obligata fuerit, adeoque possessio apud debitorem manere debuerit: quippe quo casu debitor cum alio de proprietate experiri quidem jure potuit, nec in eo a creditore impediri, utpote ex natura hypothecæ sibi possessionis & detentionis jus salvum habens ac valens asserere atque tueri, §. *item Serviana* 7. *Instit. de action.* sed nec creditori extra culpam posito res inter alios acta vel judicata obesse debuit, quo minus

ipse novam faceret ex jure pignoris persecutionem. Sive enim ignoraverit, litem debitori cum alio de pignoris proprietate intercedere, ignorantia ei jus suum agendi abunde tuebitur; sive contra sciverit, id agi a debitore, culpa tamen caret, dum ipse oeque de proprietate per rei vindicationem aut hereditatis petitionem contendere cum extraneo possessore potuit, neque possessionem, quam debitor sibi secundum hypothecæ naturam reservaverat, a tertio avocare, nisi postquam debitor in mora solvendi esse cœpit, & ob id executio pignoris facienda est; si tamen non modo sciverit, litem debitori motam esse sed & liti adstiterit, dubium esse non potest, quin tunc ei nocitura quoque sit sententia contra debitorem lata, *l. ab executore* 4. §. *idque* 4. *ff. de appel.* Et de eo casu, quo tantum hypothecæ jus creditori constitutum erat, tractari a Papiniano in *l. si superatus* 3. *ff. de pignorib. & hypoth.* inde colligi potest, quod in ea lege debitor inter alia etiam *victus dicitur vindicans hereditatem*, ac asseritur, *judicem actionis Servianæ, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debere*; quia fieri potest, ut pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo debitore lis bene instituta. Qua enim, obsecro, ratione debitor concipi posset ex pignoris causa tradidisse creditori res hereditarias, de quarum possessione acquirenda demum postea per hereditatis petitionem expertus est adversus tertium, tanquam pro herede vel pro possessore possidentem? Diversa causa est, si creditori res ex contractu pignoris tradita fuerit, isque deinceps passus sit sciens, debitorem de pignoris proprietate cum extraneo experiri, ac debitor ea in lite superatus sit: tunc enim ei scienti sententia inter debitorem & extraneum lata præjudicat, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est; cum ipse ex facta sibi pignoris traditione jus possidendi adeptus, inde potuerit etiam adversus tertium rei possessorem de recuperanda possessione amissa experiri ante debitorem, allegans, sibi de ea re primum actionem competere aut defensionem, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicata*, quam legem de pignore in specie creditori tradito accipiendam esse, conjicere ex eo licet, quod creditor, patiens debitorem experiri de pignore, ibidem jungitur marito patienti socerum vel uxorem experiri de proprietate rei in dotem datæ, & possessori seu emtori patienti venditorem contendere de rei proprietate. Plane si debitorem cum adversario collusisse, atque ita succubuisse, creditor probare possit, sententiam contra debitorem latam creditori non nocituram, rescriptum est, *l. prætor* 5. *C. de pignor. & hypoth.* Non desunt interim, quibus magis placet, sine distinctione inter pignus & hypothecam ex sola scientia aut ignorantia creditoris petere *d. l.* 3. & *d. l.* 63. conciliationem, quasi sententia contra debitorem lata noceat creditori *scienti*, ut habet *d. l.* 63. non item ignoranti debitorem experiri; ad quem casum restringunt verba generaliora *d. l.* 5. Bachovius *de pignorib. libr.* 3. *cap.* 15. *num.* 1. Petrus Barbosa *ad l. quæ dotis* 34. *ff. soluto matrimon. num.* 160. Sed vix est, ut demonstrari possit, quo modo creditori, nudam hypothecam in specie habenti, actio aut defensio pignoris primo loco competeret ad debitoris exclusionem.

3. Licet autem jure veteri electio creditori competierit, utrum prius debitorem principalem aut fidejussores ejus an pignora excutere vellet, postquam prius debitores præsentes denunciationibus conventi & ita non satisfacientes in mora constituti sunt, *l. persecutione* 24. *C. de pignor. & hypoth.* junct. *l. debitorei* 10. *C. eod.* & ea electio etiam num jure novo remanserit, quoties ipse debitor etiam simul res pignoratas tenet; adeo ut non electione unius actionis sed demum solutione, reliquæ pereant, *l. grege* 13. §. *etiam* 4. *ff. de pign. & hyp.* tamen, si a tertio res obligata possideatur, a Justiniano constitutum est, excutiendum esse prius debitorem & fidejussores ejus, antequam tertius pignoris possessor conveniatur, *novell.* 4. *cap. sed neque* 2. Quod & ex jure veteri peculiariter rescriptum fuit in casu, quo bona conductricis vectigalium pro pensione fisco ex lege devicta ac in plures alienata fuerant, cum conductricis heres pro reliquis fisco debitoris idonei essent, *l. Mævius* 47. *ff. de jure fisci* Non tamen huic juris novi dispositioni & ordinis beneficio locus videtur relinquendus, si tertius, sciens pignoris vinculum, pignus nihilominus emerit, cum jura deceptis non item scientibus subvenire ac parcere soleant, nec si tertius comparaverit demum rem obligatam post litem de re obligata contra debitorem jam inchoatam, arg. *tot. tit. ff. & Cod. de litigiosis*, & *novell.* 112. *cap.* 1. *in pr.* nec si res *specialiter* pignori obligata a tertio possideatur: non enim improbabilis est eorum opinio, qui putant, *novellam* 4. *cap.* 2. quandam adhuc ab ipso emendationem passam esse per *nov.* 112. *cap.* 1. *versic. ut si quidem speciales*, dum ibi constituit, posse quidem debitorem vendere res mobiles aut immobiles *nominatim* hypothecæ suppositas, sed si creditori ex pretio pignoris per debitorem divenditi satisfactum non fuerit, licentiam ei competere vindicandi rem venditam sibi hypothecæ suppositam, donec ei satis pro debito fiat. Cui consequens est, in sola generali hypotheca remansisse jure novissimo necessitatem excutiendi debitorem ante tertios rei generaliter obligatæ possessores. Nec deest speciosa quædam mutationis ratio, quod nempe, vendita re specialiter obligata, magis noceatur creditori, rem aliam sibi obligatam non habenti, quam debitor teneret; in generali autem hypotheca omnis debitoris bona devincta sint, unde post quarundam distractionem adhuc de reliquis a debitore possessis hypothecaria ipsi potest debitori moveri. Ita post Huberum *ad Pand. tit. de pigner. & hypoth. n.* 9. Brunnemannum *ad l.* 24. *C. de pign. & hypothec.* aliosque, clariss. Juris antecessor D. Pagenstecher *in Irnerio suo injuria vapulante, editione* 8. *ad auth. hoc si C. de pign. & hypoth.* §. 3. & *seqq.* Interim nostris moribus longe major hac in parte mutatio facta fuit, dum in immobilibus specialiter vel ex lege pignori obligatis, & ab ipso debitore possessis, liberum creditori est intentare simul personalem actionem & hypothecariam, ac uno utramque libello cumulare, ut dictum *tit. de edendo n.* 14. *in med.* Iisdem vero ab externo possessis, iterum electio creditori restituta est, utrum prius actione personali debitorem, an hypothecaria tertium pignoris possessorem convenire malit, *Politic. Ordonn. van Holland. art.* 36. Imo, si prædiis simul ac prædibus creditori cautum fuerit, sancitum in Hollandia, personalem adversus fidejussores actionem quiescere debere, donec pignus excussum fuerit; ac tum demum ad eam, quæ adversus fidejussores competit, velut subsidia-

riam in id quod restat exsolvendum, transeundum esse, si non aliud expresse in contrarium actum sit, *Edicto Philippi Hisp. Regis in usum Hollandiæ* 21. *Februarii* 1564. *vol.* 1. *placitor. Holl. pag.* 339. *& seqq.* repetitum *vol.* 3. *pag.* 587. Consuetud. Amstelod. *part.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 63. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 4. *in fine.* Groenewegen *ad l.* 47. *ff. de jure fisci & ad l.* 22. *C. de pign. & hypoth.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultrajectin. art.* 20. *n.* 37. Quid, quod in Flandria & diœcesi Ultrajectina invaluit, ne ipsum quidem debitorem principalem actione personali per creditorem conveniri posse, nisi postquam pignus, penes tertium existens possessorem, excussum est, nec inde solidum creditor est consecutus, ut testatur Burgundus *ad consuetud. Flandriæ tract.* 1. *num.* 30. & a curia Ultrajectina judicatum in causa Nicolai Ruysch contra Nicolaum de Meyer 26. *Febr.* 1649. Quod si mobilia pignori data possideantur a tertio, nulla pro eorum persecutione hypothecaria moribus competit; cum mobilia sequelam non habeant; Groenewegen *ad l.* 1. *C. de precario.* Parens p. m. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio num.* 9. Adde *tit.* 1. *n.* 13.

4. Ceterum, ut creditor hypothecariam actionem sibi competentem dividat, & plures pro parte conveniat, neque jure Romano neque nostris moribus invitus compelli potest, cum individua censeatur esse pignoris causa. Sive enim res una obligata sit, &, cum plures ejusdem debitoris heredes essent, illa uni adjudicata, vel inter eos in partes divisa fuerit, vel pars pignoris per debitorem aut heredes ejus alienata concipiatur, liberum creditori est & rem totam uni adjudicatam, & partem illam, quæ uni ex divisione vel alienatione obvenit, pro solido debito excutere, adeo ut possessor excussionem impedire nequeat sive solidi sive partis a se possessæ, utcunque debiti partem pro rata solvere paratus sit, vel etiam re ipsa jam præstiterit, *l.* 1. 2. *C. de luit. pignoris, l. pro hereditatis* 2. *C. de hereditar. action. l. anus* 16. *C. de distract. pignor.* arg. *l. si consensit* 7. *§. ult. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur, l. si quis putans* 6. *§. si fundus* 8. *ff. communi divid. l. rem hereditariam* 65. *ff. de eviction. l. is, qui fundum* 31. *ff. de usu & usufr. legato.* Hugo Grotius *manud. ad Iurispr. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *num.* 53. Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *defin.* 5. Negusantius *de pignoribus membro primo octavæ partis num.* 48. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 11. & *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 114. Sive ex adverso res plures simul pro uno eodemque debito specialiter devinctæ sint, ac quædam ex his ex lucrativo vel oneroso titulo ad tertios fuerint possessores translatæ, singuli cujusque rei immobilis obligatæ possessores non pro modo substantiæ singularum rerum; sed in solidum conveniri possunt pro creditoris electione, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant, *l.* 2. *C. si unus ex plurib. hered. creditoris et debitoris part. suam solv. vel. accep. l. Moschis* 47. *ff. de jure fisci* in verbis *possessorem omnem.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 4. *in fine.* Sande *de cessione action. cap.* 6. *num.* 61. Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 47. Christinæus *ad Leg. Mech. tit.* 13. *art.* 31. *num.* 8. *in notis additis.* Ant. Faber *Cod. libr.* 5. *tit.* 6. *defin.* 40. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 240. *num.* 1.

5. Quod si unus ex pluribus hæredibus ob individuam pignoris ab eo possessi causam solus in solidum creditori hypothecaria agenti satisfecerit, non dubium, quin ei adversus coheredes ceteros actio pro rata cedi debeat, ut ceditur fidejussori solidum solvere parato adversus reliquos ejusdem debiti fidejussores. Præterquam quod & sine cessione per actionum negotiorum gestorum aut familiæ erciscundæ indemnitatem a ceteris consequi posset, *l. sive pro fratre* 3. *C. de negot. gestis*, de quo latius *ad tit. famil. ercisc. num.* 41. An autem & tertiis pignorum possessoribus, qui partem obligatæ rei, aut unam ex pluribus rebus pro eodem debito obligatis tenentes ad solidi debiti solutionem compelluntur, actiones adversus reliquos partis alterius aut aliarum rerum simul obligatarum possessores pro rata cedendæ sint, non æque expeditum est. Sunt, qui justis quidem, at non injustis rerum obligatarum possessoribus, actionem a creditore debiti solidi solutionem obtinente cedi oportere contendunt, iter quos & Sandius *de cessione actionum cap.* 6. *n.* 63. 64. idque *arg. l. mulier* 19. *ff. h. t.* in verbo, *justus possessor.* Sed magis est, ut generaliter possessori ac detentori quali quali pignoris, si hypothecaria conventus solidum offerat debitum, adversus debitores principales & reliquorum pignorum aut partium possessores actiones pro rata cedi debeant, cum Paulus responderit, eos, qui jure pignoris rem persequuntur, a vindicatione rei removeri solere, *si qualiscunque possessor* offerre velit; neque enim debere quæri de jure possessoris, cum jus petitionis removetur, soluto pignore, *l. Paulus* 12. *§.* 1. *ff. quib. mod. pign. vel. hypoth. solvitur.* Et quamvis Sandius *d. loco* post Cujacium *libr.* 11. *observ.* 35. *in fine* excipiat, in *d. l.* 12. *§.* 1. per oblationem a possessore quocunque factam impediri quidem ipsam pignoris vindicationem, non tamen ibi creditori imponi necessitatem cedendarum actionum, vanum tamen illud effugium esse, vel inde patet, quod Papinianus generaliter scripsit, *cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure* (pro quibus prædia ex lege obligata esse constat) *conveniretur, adversus ceteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conventus est, actiones a fisco præstari, l. cum possessor* 5. *ff. de censibus.* Et sane, si constituentibus pro alio, si fidejubentibus, solidum solvere paratis actiones ex certissimis juris principiis cedendæ sint adversus reliquos simul constituentes aut fidejubentes, rationem non animadverto, cur non & possessori quali quali solidum solventi, & ita actionem ab eo, cui solvit, ementi, actio illa cedenda foret; cum ineptum sit, de jure possessoris quæri, ubi reliquorum possidentium intuitu jus petitoris remotum est, secundum verba *d. legis* 12. *§.* 1. Illud quidem haud eundum inficias, extraneum, qui pro debitore sponte sua debitum alienum offert creditori, non jure desiderare, jus obligationis in se transferri, *l. nulla tibi* 5. *C. de solutionibus*, sed contra servatur, ubi quis vel ex contractu, ut in constituto & fidejussione, vel ex metu amittendæ possessionis qualisqualis, maxime ubi jam a creditore tanquam pignoris detentor conveniri cœpit, solutionem offert creditori, non invito neque reluctanti, sed omni modo solutionem sibi fieri postulanti; ac, ni illa sequatur, qualemcunque ablaturo possessionem. Si quæras, cum Sandio, qua fronte cessionis beneficium,

quod juris est, implorare audeat, qui contra jus possidet; respondeo, eo jure, quo & impensas necessarias in rem a se mala fide possessam factas mediante retentione a vero rei domino vindicante recuperat, Stringeret scilicet ista interrogatio, si possessor injustus in leges incurreret per ipsam debiti totius solutionem, propter quam nunc sibi actiones cedi cupit, atque ita locum inveniret, quod est in *l. si plures* 38. §. *ult. ff. de administr. & peric. tut.* Sed non ita est; etsi enim turpiter faciat injustus possessor, quod possessionem apprehenderit nullo sufficiente titulo aut jure munitus, ac alienæ rei conscientiam habens; non tamen turpiter in eo facit, quod exsolvit hypothecario creditori æs illud alienum, pro quo res illa devincta fuit; uti non peccat, qui, dum sciens alienam rem tenet, necessarias in eam impensas facit, licet eam vero domino restituendo potuisset impensis illis se subduxisse, ut dixi *tit. de petit. heredit. n.* 21. Ac pro hac sententia stat post allegatos multos alios Negusantius *de pignor. & hypoth. membro secundo* (vel *membro tertio*) *quinta partis n.* 26. 27. Nec huic adversatur opinioni *d. l. mulier* 19. *ff. h. t.* quippe quæ non tam restrictionis, quam potius exempli causa, justi possessoris mentionem habet.

6. Illud minus ambiguum est, eum, qui solidum solvit, non solidum a ceteris aliorum pignorum possessoribus recuperaturum, sed tantum pro rata, ut ita paris sit conditionis cum aliis, qui itidem ex eo solo, quod pignorum possessores sunt, conveniri possunt, arg. *l. cum possessor* 5. *de censibus*, Joh. a Sande *d. tract. de cessione action. cap.* 6. *numer.* 65. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 255. Cumque *tit.* 1. dictum fuerit, pretia pignorum regulariter haud esse pignori, nec succedere in locum pignorum, consequens est, ut secundum rigorem juris hypothecaria actio tantum adversus ultimum pignoris possessorem moveri possit, si forte multiplici alienatione per multas manus pignus ambulaverit. Quamvis ex æquo & bono ad evitandas lites superfluas & sumtuum multiplicationem ab Hollandiæ curia judicatum fuerit, adversus primum pignoris venditorem de pretio ex venditione redacto actionem creditori haud esse denegandam, si constiterit, quartum possessorem adversus tertium, & tertium rursus adversus secundum, ac denique hunc rursus contra primum evictionis nomine posse experiri, Neostadius *Cur. Holl. decis.* 16. *quæst.* 2.

7. Licet autem & contra debitorem & contra tertios possessores hypothecaria actio detur, interest tamen, utrum creditor conveniat debitorem ipsum; an alios possidentes. Etenim, si tertium conveniat, probare tenetur, rem tempore obligationis in hypotheca speciali, aut quandocunque a tempore hypothecæ constitutæ in hypotheca generali in bonis debitoris fuisse, *l. & quæ nondum* 15. §. 1. *ff. de pignor. & hypoth.* cum tamen nihil horum probare necesse sit, si contra ipsum agatur debitorem, nec alius intercedat; cum utique suum debitor factum præstare teneatur. Sed & secundo, debitor hac conventus actione non tenetur ultra præstare, quam quatenus debet, licet ob contumaciam in plus damnatus esset: *l. si fundus* 16. §. *si pluris* 6. *l. si inter* 21. §. *ult. ff. de pign. & hypoth.* Adde *tit. de condict. indeb. n.* 18. *in fine.* At tertius possessor ad integram rei obligatæ æstimationem tenetur ex contumacia, ex qua id, quod debitum excedit, creditor debitori restituit, *d. l.* 21. §. *ult.* adeo ut & jurijurando in litem ob dolum aut contumaciam possidentis, ac creditori hypothecario debitum non solventis, locus esse possit, *l. si fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pign. & hypoth.* arg. *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vind.*

8. Quod si pluribus creditoribus simul res eadem eodem tempore sit obligata, si quidem pro partibus, aut etiam nulla partis vel solidi mentione facta, singuli pro parte tantum tam inter se, quam contra tertios possessores, experiri hac actione possunt: & quidem pro dimidia, si æquale utriusque debitum sit; pro rata vero debiti, si inæquale, *l. si debitor* 10. *in fine l. si fundus* 16. §. *si duo* 8. *ff. de pignor. & hypoth.* sin singulis in solidum, contra tertium quidem possessorem in solidum agunt singuli, quippe ex jure sibi in solidum constituto; sed si ipsi inter se contendant, potiorem esse possessoris conditionem Romanis visum est, *d. l.* 10. *ff. de pign. & hypoth. l.* 1. §. 1. *ff. de Salviano interdicto*, quod nostris moribus in re mobili, sequelam non habente, haud difficulter admiseris, Ant. Matthæus de *auct. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 10c. sed in immobilibus magis est, ut non possidens æquale cum possidente jus habeat, saltem ad id, ut pro rata quisque in rei istius distractæ pretium veniat, quod & Groenewegio placet ad *d. l.* 10. nec ipso forte jure Romano alienum est, si consideremus, in *d. l.* 10. non tam de jure prælationis, quam potius de ipsa actione Serviana ad *apprehendendam possessionem* sermonem esse; circa quam possessionem utcunque melior possidenti conditio videri possit, non tamen ideo prælatio quoque in pretio pignoris possidenti asserenda est. Non enim ex possessione dependet hypothecæ aut prælationis jus; cum & amissa, imo ne acquisita quidem possessione, potior in pignore quis esse possit, *l. creditor* 12. §. *ult. ff. h. t.* Scilicet, ut apertius dicam, singulis in solidum res eadem obligata est, &, si neutri creditori solutum sit, ex necessitate per concursum partes faciunt, atque ita singulis ex pretio pignoris distracti facienda debiti solutio pro rata; eaque fiet ratione, ut, re pluribus simul obligata, æqualis omnium causa sit, ut Paulus voluit in *l. aliena res* 20. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Sed si alteruter eorum sine pignoris distractione per solutionem aut aliter dimissus sit, alteri adhuc tota res pro suo debito obligata manet: eo fere modo, quo id in re eadem duobus conjunctim legata contingit, juxta §. *si eadem* 8. *Inst. de legatis.*

9. Durationem hujus actionis quod attinet, olim quidem debitore aut herede ejus possidente, non videtur ullo temporis lapsu evanuisse, *l.* 1. 2. *C. si advers. creditorem præscript. oppon.* multoque magis id obtinuit, ubi creditor ipse pignoris possessionem ex contractu nactus fuerat, & possessioni incumbebat. Quod si extraneus pignus tenuisset bona fide & justo titulo per tempus usucapionibus ex lege veteri ante Justinianum præfinitum, puta biennii in immobilibus, aut anni in mobilibus, distinctio videtur adhibita fuisse inter pignus in specie, cujus possessio in creditorem translata fuit, & hypothecam, quæ penes debitorem manet. Si enim pignus creditori traditum, deinde ab extraneo usucaptum fuerit, usucapionem illam etiam in creditoris præjudicium impletam fuisse, verius est: tum quia creditor ipse pignoris possidendi jus habens, illud ab iniquo possessore debuisset

avocare, ac id omittens, suæ debuit negligentiæ acceptum ferre, quod usucapio pignoris impleta fuit, atque ita ipsi quoque periit pignoris jus, *l. 1. C. si advers. credit. præscr. pign. oppon.* tum etiam, quia in *l. ult. ff. de usurpat. & usucap.* scriptum est, si debitor id, quod creditori pignori dederat, surripuerit, eam quidem rem furtivam esse, *sed simulatque in creditoris potestatem venerit, usucapi posse*; qualis usucapio ex eo tempore non poterat incipere locum habere ratione proprietatis, (nam non proprietatis, sed tantum possessionis apud creditorem constitutæ, vel juris & securitatis creditori in re competentis intuitu, furtum factum erat, arg. *l. certe si 6. §. ult. ff. de precario*, & *§. 1. junct. §. aliquando 10. Instit. de oblig. quæ ex delicto*, ibique Vinnius & Paulus Voet; ut proinde nec quantum ad proprietatem videri potuerit vitium subesse, aut ob id usucapio impedita fuisse) sed tantum ratione possessionis & juris quod habebat creditor in re; quippe cujus solius intuitu cum furtum factum esset, purgabatur furti vitium, quum primum res venerat in creditoris potestatem, ac eo quoque ipso usucapio pignoris, jam nulla ex parte vitiosi, procedere potuit in creditoris præjudicium, si is secundum antedicta rem deinceps ab alio per tempus lege definitum possideri passus esset. Quibus accedit, æquissimum esse, ut tanto temporis spatio jus pignoris ex negligentia creditoris, possessionem pignoris adepti, pereat creditori, quanto dominium domino perit ex domini negligentia: quomodo de usufructuario circa amissionem ususfructus id constitutum invenitur, qualis fructuarius eo fere modo habet jus possidendi res fructuarias, quo creditor res sibi ex pignore traditas, *l. pen. §. 1. in fine C. de usufructu.* Diversa hypothecæ ratio fuit, cujus possessio cum apud ipsum debuerit remanere debitorem ex natura hypothecæ, debitori magis quam creditori imputandum fuit, quod pignus, per negligentiam ejus a tertio possessore non mature avocatum, usucaptum fuit; imo perinde id habendum fuit, ac si debitor pignus vendidisset; eo quod vix est, ut alienare non intelligatur, qui patitur usu capi, *l. alienationis 28. ff. de verb. sign.* cui consequens erat, etiam post usucapionem impletam durare creditori (qui negligentiæ accusari non poterat, arg. *l. sicut 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*) pignoris jus & persecutionem, ac quæstionem & conventionem pignoris ab intentione dominii separari, uti aliquoties responsum & rescriptum fuit, *l. 1. §. 2. in fine ff. de pign. & hypoth. l. usucapio 7. Cod. eod. tit. l. justo errore 44. §. non mutat 5. ff. de usurpat. & usucap. l. misso 12. ff. pro emtore, l. cum postulassem 44. §. 1. ff. de damno infecto*, quæ leges omnes commodissime de hypotheca accipi possunt: nam in *l. 1. §. 2. ff. de pign. & hyp. & l. 44. §. 1. ff. de damno infecto*, tractatur de prædii ac ædibus pignori obligatis, in quibus plerumque hypotheca magis quam dignus est, *§. item serviana 7. in fine Inst. de act.* Porro in *l. 7. C. de pign. & hyp. & l. 44. §. 5. ff. de usurp. & usucap.* pignoris *conventionem* usucapione non extingui, & *sola conventione constituti* pignoris persecutionem non perimi, legitur, quod proprie ad hypothecas spectat, *l. 1. pr. ff. de pignorat. act.* denique in *l. 12. ff. pro emtore* de legatariis in possessionem missis agitur, qui ex missione non consequuntur possessionem rerum, sed tantum custodiam, nec expellendi heredem jus habent, sed simul cum eo possident, ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueant cautionem, *l. 1e cui 5. pr. ff. ut in possess. legat. causa*, sic ut & hæc pignoris prætorii species magis ad hypothecam in omnia bona defuncti constitutam, quam ad pignus in specie videatur pertinere: licet verum sit, ipsos missos debuisse admissos esse, ut pignoris prætorii jus nascatur, ac missi valeant custodire, *l. non est mirum 26. §. 1. ff. de pignorat. act.* Si tamen non usucapta tantum, sed & longo tempore possessa fuisset a tertio res oppignorata, præscriptio longi temporis excludebat creditorem; atque ita efficiebat id, quod anni aut biennii usucapio efficere non potuit; licet alioquin in aliis, ac præcipue in dominii directi adjectione, major olim usucapionis vis fuerit, quam præscriptionis, *d. l. 1. & 2. C. si adversus credit. præscript. oppon.* Confer Ant. Fabrum in *rational. ad d. l. 1. §. 2. ff. de pign. & hyp* Sed jure posteriori Romano duravit hæc actio hypothecaria creditori annis quadraginta tam adversus debitores & eorum heredes, quam contra tertios possessores & creditore posteriores rem possidentes vivo debitore: eo enim defuncto, posterior creditor potuit annis triginta a morte debitoris excludere priorem, *l. cum notissimi 7. pr. & §. 1. 2. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Quæ ita obtinebant; præsupposito, quod principalis obligatio annis quadraginta durat, dum forte in judicium deducta est: nam cum tempore istius *l. 7.* actiones litis contestatione perpetuæ efficerentur, *l. ult. ff. de fidejussor. & nominat. & hered. tut.* donec per Justinianum constitutum fuit, eas in judicium deductas annis quadraginta durare a novissimis actis, *l. ul. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* non mirum fuit, ad annos quadraginta extendi potuisse actionis hypothecariæ durationem. Sed cum novissima Justiniani *lege 15. C. de judic.* dispositionem *d. legis ult. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann.* mutatam esse plenius adstruxerim *tit. de judic. num.* 55. dicendum videtur, regulariter actionem hypothecariam, tanquam accessoriam, non ultra vitam actionis principalis produci. Quin imo, ex moribus hodiernis non improbabile est, actionem hypothecariam ad instar alterius cujusvis actionis triente seculi excludi, Ant. Matthæus *Parœm. Belgar. Jurisc. 9. n. 7. pag. 519. in med.* Quo facit, quod ab Hugone Grotio traditum *lib. 3. manud. ad jurispr. Holl. cap. 46. num.* 8. præscriptiones actionum apud nos fieri triente seculi, qui tamen *lib. 2. cap. 48. n. 58. & seqq.* plane probat in actione hypothecaria præscriptionem triginta aut quadraginta annorum, secundum distinctionem supra propositam ex *d. l. 7. C. de præscript. 30. vel 40. annorum*, in quam sententiam etiam ab Hollandiæ Curia judicatum refert Neostadius *Curiæ Holl. dec. 8. & 15. in fine.* Licet debitor usuras annuumve reditum suis solvisset temporibus, ac propterea deficiente mora, creditori occasio quoque defuerit interpellandi tertium pignoris possessorem, arg. *l. Pomponius 29. ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* Cujus tamen contrarium aliquando in Hollandia judicatum fuisse, sic ut ne quadraginta quidem annorum quieta possessio hypothecariam potuerit actionem elidere, exemplis adductis commemorat auctor consilii inter respons. Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 264.* Quam etiam sententiam tuetur Chassanæus ad *consuetud. Burgund. rub. 22. §. 2. num. 40. 41.* ac pro ea facit argumentum a

fidejussore desumtum, quem obligatum manere, licet totis triginta annis interpellatus non fuerit, si modo debitor ipse præscriptione non sit liberatus, dicetur *tit. de fidejussorib.* arg. *l. ult. Cod. de duob. reis*, *l. si servum* 91. *§. nunc* 4. *ff. de verbor. obl.* Sane si creditor possessori intra tempora præscriptioni præfinita denuntiaverit, rem ab eo possessam pro tali debito pignoris jure devinctam esse, ne annorum quidem quadraginta præscriptionem metuere debet, ut monet Neostadius *d. dec.* 8. *in fine*. Uti nec, si possessor sit heres debitoris, utcunque tunc neque denunciatio ei facta fuerit, neque ulla in solvendis usuris annuis mora commissa, ut notat Groenewegen ad *d. l.* 7. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. num.* 2.

10. Præter hypothecariam hactenus tractatam, non inconsultum fuerit de ipso prælationis aut concursus judicio, inter creditores agitando, pauca subnectere. Brevissima quidem & expeditissima hujus judicii ad finem perducendi via est, si creditores verbis rem agant apud judicem isti judicio delegatum, communicatis inter se documentis, quibus unusquisque suum asserere vult prælationis jus; sed si qui creditores morosiores sint, scriptis hoc judicium agitandum est (*eruch van preferentie*) ut tamen liberum sit illis, qui se ista litigandi ratione ac protelatione læsionem subituros arbitrantur, de sumtibus damnis eoque quod interest protestari, vide van Alphens Papegay *part.* 1. *cap.* 30. *pag.* 481. 482. Quod si jam inter quosdam creditores hoc judicium inchoatum sit, alii recte petierint, se ad idem admitti judicium; quin imo judicio jam finito ac nummis ex venditione bonorum redactis jam secundum sententiam prælationis inter creditores distributis, creditoribus aliis judicii prioris ignaris, aut tunc absentibus, aliave causa probabili impeditis (non promiscue omnibus), adhuc liberum est, saltem mediante in integrum restitutione, iteratam desiderare de prælatione disceptationem; nisi id nominatim statutis inveniatur inhibitum, aut non nisi usque ad certum tempus modicum ex statuto permissum, Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 13. 14. Appendix decision. post responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 35. *in med.* van Alphens Papegay *d. cap.* 30. *pag.* 481. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 51. 52. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 299. Quam etiam ob causam apud nos & vicinis multis in regionibus obtinuit, creditores post finitum prælationis judicium non aliter adjudicatæ sibi quantitatis solutionem accipere, quam si de restituendo sufficientem præstiterint cautionem, si forte emergerent in posterum creditores alii potiora jura habentes, arg. *l. procuratoris* 5. *§. ult. ff. de tribut. act.* in dubio quidem sine usuris, si non usu regionis inductum appareat, nominatim etiam de usurarum restitutione oportere caveri, præsertim cum moribus non ita facile usurarum obligatio nasci soleat, neque in nostro casu ulla videri possit culpa aut mora creditoris suum ex sententia recipientis. Quæ prolixius tractata vide apud Ant. Matthæum de *auct. d. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10.

11. Pendente autem judicio prælationis, nummi ex bonorum distractione redacti per curatorem bonis datum aliosque similes, apud acta publica in usum jus habentium asservandi deponi debent; nisi ob litem prælationis diutius protelandam, communi creditorum consensu constituatur, nummos interim apud Rempublicam fœnori collocandos esse, in creditorum utilitatem, Van Alphens Papegay *part.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 481. *in fine &* 482. Quin & subinde nonnullis ante finitum prælationis judicium solvi quod debetur, æquum est, veluti si creditoris unius jus plane sit liquidum, reliquorum debita illiquida, si modo caveatur de restituendo, ut ante dictum; maxime, si creditor talis sit, cui ob paupertatem aliunde non suppetit, quo se exhibeat ac alat, citatis tamen creditoribus reliquis, si forte justam putent subesse causam contradicendi, arg. eorum quæ cauta *edicto Caroli V.* 26. *Maji* 1544. *art.* 40. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 328. Neostadius *Curiæ suprem. decis.* 53. Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 32. *defin.* 18. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 25. *num.* 5. & *cap.* 17. *n.* 3. Quibus vero modis compelli possit sive curator sive graphiarius ad id, ut nummos secundum sententiam prælationis distribuat, puta civili custodia, comminatione judicis, vide dictum Alpheni formularium *d. par.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 479. *& seqq.*

12. Quo in loco concursus aut prælationis judicium ventilandum sit, ambiguum satis est. Rigorem juris si spectemus, in loco quidem domicilii debitoris obærati non nisi de pretio redacto ex rebus mobilibus omnibus ubicunque constitutis, nec non immobilibus in ipso domicilii loco sitis, judicium inter creditores agitandum fuerit; de immobilium vero reliquarum pretio in locis singulis, in quibus immobilia quæque obærati sita sunt; sic ut tot sint futura de prælatione judicia, quot locis diversis alii atque alii judici subjectis immobilia reperta fuerint, cum extra territorium jus dicenti impune non pareatur, *l. ult. ff. de Jurisd.* & is, qui possidere jubetur, eo loci jussus videatur, eujus cura ad jubentem pertinet, *l. cum unus* 12. *§. is qui* 1. *ff. de rebus auctorit. jud. possid.* Confer quæ scripsi *tit. de constit. Princip.* parte altera, *de statutis num.* 5. *& seqq.* Plane, ut apud eundem supremum unius territorii judicem, vel etiam apud ordinarium judicem domicilii debitoris obærati, de prælatione inter creditores disputetur ratione pretii, quod ex immobilium sub diversis inferioribus judicibus eidem Principi supremo parentibus sitorum venditione redactum est, non modo constitui summo jure potest, sed & ita constitui suadet æquitas, ne continentia causæ dividatur; prout etiam ab Hollandiæ Ordinibus constitutum est, non apud Curiam provincialem, sed apud judicem ordinarium loci, in quo curator bonis obærati, aut hereditati cum beneficio inventarii aditæ, datus fuit, judicium prelationis ad finem perducendum esse, *Placit. Ordin. Holl.* 10. *Julii* 1677. *vol.* 3. *Placitor. pag.* 672. 673. Rerum vero cæterarum alio sub Principe sitarum intuitu quo minus id fiat, non modo rationes superius adductæ evincunt satis, sed & firmat manifesto, quod id, post varia discussa, tandem speciali conventione inter Hollandiæ ac Ultrajectinæ Diœcesios Ordines definitum ac circumscriptum fuit, secundum placitum Ultrajecti promulgatum 18. *Aprilis anni* 1619. cujus hæc sententia est, potestatem curatoris bonorum in alterutra Provincia constituti sese extendere ad omnia bona in utraque ditione sita; curatorem constituendum esse in loco domus mortuariæ, vel domicilii postremi ejus qui solvendo non est, licet major creditorum pars alio in loco domicilium foveret, vel alibi sita esset major bonorum pars; in eodem in-

super loco, in quo curator creatus est, etiam universale concursus judicium inter creditores agitandum esse; orta quæstione de domicilio, judicem istius controversiæ competentem fore eum, in cujus territorio is, qui defunctus est aut non solvendo existit, ultimo commoratus fuit; denique bona in alia provincia sita vendi oportere auctoritate judicis, qui curatorem dedit, sed more loci, in quo venditio fit. Confer Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversitat. tit. 2. cap. 5. n. 16. fere in pr. pag. mihi* 92. Parent. p. m. Paulum Voet *de statutis sect.* 10. *num.* 4. 5. & quæ scripsi *ad tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 17.

13. Ut autem distinctius tractetur materia prælationis, sciendum est, creditoribus aliis, utcunque maxime privilegiatis, potiores illos esse, qui dominium rei inter bona debitoris repertæ a se pertinere docent. Qua ratione is, qui rem suam vendidit & tradidit, non habita fide de pretio, quandoque etiam fido habita, & dominus rerum furto sibi ablatarum, & proprietarius nudus, fideicommissarius, deponens qui deponendo in creditum non abiit, commodans, precario concedens, pignori dans, aliique his similes, pro rebus venditis atque ita traditis, aut fructuariis, aut fideicommissariis, aut depositis, aut pignori vel precario vel commodato concessis, in tributum cum ceteris creditoribus ejus, qui res tales possidet, vocandi non sunt; non utique illis in casibus, quibus secundum leges aut mores talium rerum vindicandarum potestas ipsis denegata non est, quod latius tractatum *tit. de rei vindicat. num.* 5. *et seqq. usque ad num.* 22. Idemque est, si institor ex mandato alterius ex mandantis nummis rem emerit pro mandante, & cum foro cederet, res adhuc inter ejus bona existat; ut dictum *tit. de institoria actione n.* 7. vel si quibus aurifabro, sartori, tinctori, fulloni, aurum dederit ut inde vas fieret, vel vas argenteum reficiendum, vel lanam tingendam, pannumve poliendum, aut vestem sarciendam, ac ipsa corpora, artifici sic tradita, appareant in bonis ejus. Confer *d. tit. de rei vindicat. num.* 12. *in fin.* Plane, si argentum pusulatum fabro datum fuerit, ut vasa fierent, vel aurum ut annuli, magis est, ut auri talis aut argenti dominium in fabrum translatum, adeoque istius auri intuitu in creditum itum sit, *l. in navem* 31. *ff. locati*, cui consequens est, ut is, qui aurum dedit, cum chirographariis tantum creditoribus in fabri bona concurrere debeat. Quemadmodum & is, qui pecuniam apud aliquem deposuit, si eam neque clausam neque obsignatam tradiderit, sed simpliciter adnumeravit, arg. *d. l.* 31. *ff. locati*, & *l. Lucius Titius* 24. *l.* 25. §. 1. *ff. depositi*, junct. *l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tribut. act.* Sed &, si corpora ipsa commodata, deposita, pignori data obærato, non amplius reperiantur in bonis ejus, vel inveniantur quidem, sed deteriora per talem obærati culpam, quam is ex natura contractus, ex quo res penes eum constituta fuerat, præstare debet; pro rerum istarum pretio aut æstimatione deteriorationis uti non nisi personalem ex contractu actionem intentare potest, ita cum aliis simplicibus chirographariis pro rata tantum concursurus est; cum nuspiam leges ullam eo casu tribuant prælationem. Quin imo, si furto subductæ res in bonis furis non ultra existant, ne in pretio quidem, quod ex aliis furis bonis redactum est, ullam prælationem ante alios furis creditores sibi vindicare potest qui furtum passus fuit, sed magis illud inter rerum furto subductarum dominum & reliquos chirographarios furis creditores pro rata dividi oportere, a suprema Hollandiæ curia judicatum memorat Neostadius *Curiæ supr. decis.* 36. *fere in pr.* Quod enim a Negusantio *de pignoribus quarto membro secunda partis princip. num.* 124. Carpzovio *defin. for. part.* 4. *constit.* 39. *defin.* 10. aliisque traditum est, bona delinquentis esse tacite obligata pro male ablatis, id neque jure civili convenit, ut ipse Negusantius agnoscit, neque textu ullo juris canonici aut æquitate canonica firmatur. Et quamvis aliquando in Hollandia judicatum fuerit, in pretiis rei furtivæ per furem distractæ adhuc furi debitis, præferendos aliis esse ipsos rerum furtivarum dominos; uti & in rebus, quas per furem ex pecunia furtiva comparatas constat; teste Neostadio *Curiæ Holl. decis.* 19. *vers. domini singuli*, & *Curiæ supremæ decis.* 36. tamen vix est, ut illa sententia generalibus juris definitionibus satis respondeat, utcunque ab æquitate videri posset commendanda, uti id ex iis colligi potest, quæ scripsi ad *tit. de rei vindicatione num.* 10. *et* 11.

14. Illud jure singulari placuit, quoties foro cedunt nummularii, in omnibus nummulariorum fraudantium facultatibus primo loco rationem haberi eorum, qui deposita pecunias habuerunt, non quas fœnore apud nummularios, vel per ipsos exercuerunt, vel ab initio vel postea, sed quas apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt, eosque ante privilegia venturos, Ulpianus docet *l. si hominem* 7. §. *quotiens* 2. *ff. depositi*. Quod ita propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum esse, Papinianus auctor est, *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi*. Ut tamen nullus spectandus sit ordo temporis depositionis in illis, qui ita deposuerunt, sed simul omnes deponentes admittendi sint, *d. l.* 7. §. *ult. ff. depositi*, arg. *l. privilegia* 32. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Quibus non adversatur ejusdem Ulpiani responsum in *l. si ventri* 24. §. *in bonis* 2. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* cum ait, *in bonis mensularii vendendis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim, qui depositis nummis usuram a mensulariis acceperunt, a cæteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.* Etenim dum ibi Ulpianus dicit, *post privilegia potiorem eorum causam esse, qui pecunias deposuerunt etc.* deponantes non refert in ordinem simplicium chirographariorum, sed ipsis adhuc prælationem tribuit, asserens *potiorem eorum causam esse*, quod de chirographariis simplicibus dici nequit, & ideo hos deponentes, quorum post privilegia venientium potiorem dixit causam esse, separat ab illis, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, quos ob usuras acceptas in creditum abiisse, & ideo a cæteris creditoribus separandos haud esse monet. Sed ut facilius Ulpianus cum Ulpiano concilietur, sciendum est, præter creditores vulgo dictos privilegiatos, adhuc esse quosdam maxime privilegiatos, puta, qui necessarios fecerunt sumtus, veluti explicandarum venditionum gratia erogatos, *l.*

quod privilegium 8. *in fine ff. depositi*, junct. *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad leg. Falcidiam*, aut in funus, *l. pen. ff. de religios. et sumt. fun.* ac jure novo in inventarii confectionem & similia, *l. ult. §. in computatione* 9. *C. de jure delib.* Quo posito, si deponens usuras acceperit a mensulariis nomine pecuniæ apud mensam publicam depositæ, omnibus creditoribus tum maxime privilegiatis tum minus privilegiatis postponendus est, & ab aliis simplicibus creditoribus nummulariis chirographariis haud separandus, quia non tam deposuisse, quam potius mutuum dedisse, ac in creditum abiisse intelligitur, uti id ab Ulpiano tum in *d. l.* 7. *§.* 2. *ff. depositi*, tum in *d. l.* 24. *§.* 2. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* traditum est. Si vero usuras deponens non acceperit, si quidem nummi depositi adhuc extent in bonis mensularii (obsignati forte traditi, sic ut reliquæ nummularii pecuniæ mixti non fuerint) Ulpianus in *d. l.* 24. *§.* 2. *in fine* ait, deponentem nummos istos vindicare posse, *et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia*, id est, ante creditores maxime privilegiatos; adeo ut nummi illi depositi nec propter impensas, explicandarum venditionum aut funeris aut inventarii conficiendi gratia factas, ullam patiantur diminutionem. Sed si nummi ipsi depositi non amplius extent in bonis mensularii, ab Ulpiano in *d. l.* 7. *§.* 2. scriptum est, *et ante privilegia habendam esse rationem depositariorum* seu deponentium; quibus verbis significatur, ante vulgatos creditores privilegiatos satisfieri debere his, qui mensæ publicam secuti fidem nummos suos apud mensam publicam sine usurarum conventione deposuerant. Et his convenienter rursus idem Ulpianus in *d. l.* 24. *§.* 2. asserit, *potiorem eorum causam esse, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt*. Sed quia bona cujusque foro cedentis non intelliguntur, nisi deductis impensis necessariis superius enumeratis, puta in venditionem rerum nummularii, in repertorium bonorum, in funus, sic ut demum his deductis quantitas patrimonii æstimetur, & bonorum calculus subduci solest *d. l.* 72. *ff. ad leg. Falcid. d. l.* 8. *in fine ff. depositi*, *d. l. pen. ff. de religiosis*, *d. l. ult. §.* 9. *C. de jure deliber.* hinc a Papiniano observatum fuit, eos, qui nummos deposuissent apud mensularios, hoc quidem privilegium prælationis exercere in omnibus mensularii fraudatoris bonis, sed tamen *causam sumtus, qui necessarie factus est, semper præcedere, quia subducto eo bonorum calculus subduci solet*, *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi*. Ad hujusmodi autem credita maxime privilegiata, seu sumtum necessarium, respicit Ulpianus in *d. l.* 24. *§.* 2. cum ait, in bonis mensularii vendendis *post privilegia potiorem* esse causam eorum, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Atque ita superatas puto difficultates illas, quæ Antonio Fabro in *rational. ad d. l.* 7. *§.* 2. prope inexplicabiles visæ sunt, & ad quas tollendas conjectura inani, cui ipse minus fidit, usus est. Possuntque hæc ipsa de privilegio deponentium apud mensam moribus hodiernis extendi ad eos, qui pecunias publice deposuerunt in graphejo seu apud acta, si graphiarius, actuarius, aliique similes his asservandis publice præpositi, eas in suos usus converterint, ac postea desierint solvendo esse; cum certum sit, necessarium ac publice utilem esse usum depositionis in graphejo, & ita deponentes publicam fidem sequi, atque adeo eandem plane inveniri prælationis rationem.

15. An autem & domini, qui res suas tanquam ad alium debitorem obæratum pertinentes solemniter sub hasta vendi & emtoribus ex decreto tradi sine oppositione passi sunt, in pretio inde redacto creditoribus ceteris potiores esse debeant, quasi pretium successerit in locum rei, dubium est. Sane, quoties rerum suarum venditioni ac traditioni solemni ex decreto faciendæ non intercesserunt, quia vel minorennes erant, vel absentes & subhastationis ignari, vel ob aliam quandam causam justam, ex qua majoribus adversus talem rerum suarum venditiones per in integrum restitutionem succurri jura moresque ferunt, prælatione in pretio eos gaudere æquum est. Cum enim vi restitutionis potuissent res ipsas emtoribus avocare, longe magis, si pretio contenti esse velint, nec hastæ fiscalis fidem convellere, potiores esse debent in pretio, quod utique creditoribus ceteris deberet decedere, si, re ipsa evicta, emtor numeratum a se pretium repeteret, ut latius a me traditum *tit. de minor.* 25. *annis n.* 16. & *tit. ex quib. caus. majores n.* 10. Adde Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 324. Sed si nullam neglectæ intercessionis seu oppositionis causam in promptu habeant, ob quam ipsis restitutio indulgenda foret, non nisi cum aliis chirographariis simplicibus ad pretia rerum debitoris obærati reique propriæ distractæ concurrere possunt; si modo ante prælationis sententiam inter creditores latam expergefacti, sibi vigilaverint, ac de suo docuerint jure. Nam si sententia prælationis semel transierit in rem judicatam, non modo rei suæ dominio, sed & omni actione, qua de rei suæ distractæ pretio contendere potuerant tanquam chirographari, eos excidisse verius est, juxta formulam sententiæ inter creditores latæ inseri solitam, & statutis pluribus ea de re tractantibus comprehensam; quorum quædam recenset Ant. Matthæus, quem vide *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 31. & *cap.* 18. *num.* 4. 5.

16. Porro circa veros creditores illud in genere constat, hypothecarios præferri chirographariis in rebus sibi pignoris jure devinctis, *l. eos qui* 9. *C. h. t.* eo excepto, quod quidam chirographarii hypothecariis, maximo licet privilegio munitis, anteponendi sunt, veluti si quis in rei distrahendæ proscriptionem, venditionem, traditionemque crediderit; quo & reducendi sumtus a curatore bonis dato vel executore necessario facti in conservationem rei; ut & impensæ bona fide factæ per unum ex creditoribus pro impetratione decreti, etiam ob id quod forte ejus interpositioni sese alius opposuit, arg. *l. quod privilegium* 8. *in fine ff. depositi*, *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad legem Falcid.* Vide Van Alphens Papegay *par.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 473. *n.* 3. Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 13. *art.* 15. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 1. 2. 3. 4. 5. His proximæ sunt impensæ in inventarii confectionem, testamenti insinuationem, aliaque necessaria, erogatæ per eum, qui adhibito inventarii beneficio adivit, *l. ult. §. in computatione* 9. *C. de jure deliberandi.* Similemque fere prærogativam ei competere, qui in funus credidit, etsi nuspiam hypotheca ei data appareat, plenius a me traditum, *tit. de relig. & sumt. fun. n.* 9. *& seqq.* Inter hypothecarios privilegiati non privilegiatis, & magis privi-

legiati minus privilegiatis potiores sunt, habita non temporis sed causæ ratione. Si plures eodem gaudeant privilegio, privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utitur privilegio, sed prior tempore potior jure est, *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t. nov.* 97. *c.* 3. Cum enim æque privilegiati inter se non utantur isto privilegio, non alio inter se possunt loco haberi, quam quo simplices hypothecarii privilegio destituti; cui consequens ut qui prior est tempore, etiam jure potior in hypotheca sit, arg. *l. si decreto* 2. *C. h. t. l. si & jure* 10. *l.* 11. *ff. h. t. l. cum oportet* 6. §. *ult. C. de bonis quæ liberis*. Nec huic contrarius est Paulus in *l. privilegia* 32. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* Cum lex illa intelligenda sit de chirographariis ejusdem tituli, seu pari privilegio munitis, in quibus non temporis ratio habenda fuit, quia & chirographarii plures privilegiati ejusdem tituli suo inter se privilegio non utuntur; quo fit, ut privilegio inter ipsos cessante, considerari debeant tanquam simplices chirographarii, inter quos simplices chirographarios concursus est, licet diversitates temporis intercedant, *l. si hominem* 7. §. *ult. ff. depositi*.

17. Ordinem privilegiatorum creditorum hypothecariorum quod attinet, cunctis plenius examinatis, considerandum puto, alios esse, quibus in re tantum certa ius hypothecæ cum privilegio quæsitum est: esse ex adverso & tales, qui generalem in omnia debitoris bona hypothecam & privilegium habent, & si non semper, at saltem plerumque illos, quibus in re singulari hypotheca cum privilegio competit, in pretio ex illa re redacto præferri aliis generalem in omnia debitoris bona habentibus hypothecam privilegio prælationis munitam. Qua de causa etiam ex hoc creditorum labyrintho & tortuosis ac salebrosis Jurisconsultorum in hac materia anfractibus, non aliter felicius me evasurum credidi, quam si primo loco illos recensuerim, quibus in singulari hypotheca cum privilegio nata est, simulque, quoad ejus fieri potest, definiverim, quid juris sit, si forte plures concurrant, qui in eadem re ex causis diversis hypothecam specialem habent ac prælationem.

18. Maxime privilegiatus inter hypothecarios in re singulari hypothecam habentes, ex Jure Romano est, qui in militiam emendam credidit, addito pacto in scripturam redacto, ut in militia omnibus potior sit, adeo ut etiam ipsi mulieri de dotis restitutione contendenti præferatur, *novell.* 97. *cap. quia vero* 4. cum militiæ decus & commodum etiam ad uxorem redundet, quippe quæ mariti dignitatem sequitur, *l. fœmina* 8. *l. ult. ff. de senatoribus*, adeo ut id etiam uxor marito tecte donet adipiscendæ dignitatis gratia, licet alioquin inter maritum & uxorem donationes reprobatæ sint, *l. quod adipiscendæ* 40. *& seqq. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quæ an ad munera nonnulla quibusdam in locis hodie venalia produci debeant, si quis in eorum emtionem nummos cum expresso pignoris pacto in scripturam redacto, (ac forte nostris moribus coram lege loci soluta quadragesima inito) crediderit, incertum est. Negantem sententiam amplectitur Ant. Matthæus, tum quia munera ista veteribus Romanorum militiis dissimilia sunt; tum quia illa munerum publicorum nundinatio odiosa ac contra bonos mores est; tum denique, quia novæ constitutiones, qualis est & illa de militiis pignori obligatis, non admittunt extensionem de *auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 22. 23. 24. 25. 26. Si tamen non conniventia quadam, sed aperta lege vel statuto, munerum quorundam nundinationes receptæ sint, atque ita quodammodo hereditariæ factæ, ratio non est, cur non eo saltem prælationis jure gaudeat, qui in munus tale emendum credidit cum pacto solemniter interposito, ut munus illud pignori sit, quo gaudent ex jure aut more illi, qui in emtionem rerum aliarum cum expresso, & quantum ad immobilia attinet, coram lege loci solemniter celebrato pignoris pacto, ipsi instrumento traditionis immobilium inserto, crediderunt. Hos enim jure Romano ante alios emtoris creditores hypothecarios anteriorem hypothecam generalem expressam aut tacitam habentes, prælationem, & æquales cum muliere de dote contendente ius habuisse, patet ex *nov.* 97. *cap.* 3. *l. licet* 7. *C. h. t.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *const.* 28. *defin.* 107. Aliter quam obtineret, si demum post solemnem rei traditionem ei, qui venditori pro emtore pretium numeraverit, jus pignoris in re emta constitutum esset: cum enim eo casu dominium emtori sine onere imposito obvenerit, & ita creditoribus aliis, anteriorem generalem hypothecam ex conventione vel lege habentibus, primo acquisiti dominii momento natum fuerit pignoris jus, nec dici possit, dominium emtori aut jus hypothecæ creditoribus ex eo, quod alius simpliciter pretium emtori mutuum dedit, sed magis ex solemni venditoris traditione, quæsitum esse; consequens est, illos tanquam tempore priores etiam jure potiores esse eo, cui in pretii crediti securitatem res emta post traditionem pignori specialiter obligata est; illis saltem in locis, in quibus hypotheca generalis anterior adhuc secundum præcepta juris civilis speciali posteriore potentior est, arg. *l. quamvis* 17. *C. de pign. & hypoth. l. licet* 7. *Cod. h. t.* in verbo *statim*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 6. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 28. *defin.* 108. Nam &, si ipse venditor rem immobilem vendiderit, ac, fide de pretio habita, solemniter emtori coram lege loci tradiderit; non aliter emtoris creditoribus legalem aut conventionalem hypothecam generalem emtione vetustiorem habentibus anteponendus est, quam si in ipso solemni traditionis actu res illa emta ei pro pretio residuo solemniter devincta fuerit, quasi tunc non alia lege voluerit dominium in emtorem transferre, quam ut in re emta (quam pignoris jure pro pretio retinere potuerat, *l. Julianus* 13. *ff.* §. *offerri de act. emt.*) omnibus aliis, quibus ex acquisito per emtorem dominio jus pignoris nasci posset, potior esset, arg. *l. sed hic* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura*, *l. ult. in fine Cod. de pactis inter emt. & vend. l. legem* 10. *C. de pactis*. Alioquin, hypotheca post traditionem demum constituta, venditor pretii residui intuitu tantum ex hypothecæ constitutæ tempore prærogativam sibi arrogare potest, solisque posterioribus, non item anterioribus specialem, aut generalem pari cum speciali passu ambulantem, hypothecam habentibus præferri, arg. *d. l. licet* 7. *C. h. t.* Sande. *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 16. *in med.* Negusantius *de pignorib. par.* 4. *princ. num.* 55. *& seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 12. *n.* 4. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 49. Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *c.* 19. *n.* 69. *&* 70.

19. Præterea hypothecam cum privilegio habent, qui crediderunt in refectionem ædium; uti & secun-

dum mores nostros, in navis refectionem; idque in ipsis illis ædibus navigiisque refectis, non item in ceteris domini bonis; vide latius *tit.* 2. *in quib. caus. pign. vel hypoth. n.* 28. 29. Adhæc domini prædiorum locatorum in invectis & illatis, quoties ea præcludi curaverint, *d. t.* 2. *n.* 3. & ut brevis sim, generaliter omnes illi, quos vel legibus vel moribus hypothecam in rebus singularibus aut retentionis jus habere, in *d. tit.* 2. *n.* 28. 30 31. adnotatum est. Qui proinde singuli in rebus singularibus sibi lege vel more devinctis, vel iure retentionis ante reddita impendia facta non restituendis, potiores erunt aliis tum chirographariis tum hypothecariis, utcunque hypotheca conventionali expressa vel legali sive generali sive speciali anteriore munitis (si paucos casus excipias de quibus in *seqq. h. t.*) veluti dominus directus in fundo emphyteuticario pro canone aut solario, dominus antiquus in fundo censuali pro censu; venditor in prædio vendito ac tradito solemniter ea lege, ut pro pretio residuo obligatum sit; universitas agrorum aggeribus munitorum in singulis prædiis pro rata pro impensis in aggerum, molendinorum aquaticorum, aquæductuum, similiumque reparationem factis. Idemque de ceteris *tit.* 2. enumeratis judicium esto.

20. Quod si cum iis, qui crediderunt in emtionem navis aut ædificii cum expresso pacto solemniter interposito, ut domus aut navis empta pignori sit, aut fidem habuerunt de pretio domus a se venditæ cum simili solemni pignoris pacto tempore traditionis apposito, contendant illi, qui deinceps in emtæ domus aut navis crediderunt refectionem, potiores in illa navi aut domo erunt, qui in re refectionem ac conservationem ejus crediderunt, licet tempore posteriores; quia horum pecunia creditoribus anterioribus salvam fecit totius pignoris causam, *l. interdum* 5. *l.* 6. *ff. h. t.* Imo, si alii prius, alii postea crediderint in refectionem, non sine ratione contendi posset, posterius refectionis creditum potius atque potentius esse oportere, quam prius, quia & hic verum est, ex posteriore credito salvam esse causam totius pignoris, quod pro anteriore refectione jam ex lege devinctum erat, arg. *d. l.* 5. & 6. *ff. h. t.* Ita saltem inter eos, qui magistro navis crediderunt *op Bodemeriye*, posterius creditum priori præferri ex inveterata Hollandiæ consuetudine, tradit auctor Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 56. Roseboom *costuymen van Amsterdam c.* 52. *art.* 9. Nisi eodem in loco plures ita magistro credidissent intra continuos octo aut decem dies, quo casu eos ex consuetudine simul concurrere pro rata ad navis pretium, testatur Roseboom *d. c.* 52. *art.* 10. Quemadmodum etiam inter eos, qui diversis temporibus in eisdem domus crediderunt refectionem, concursum esse oportere, quasi omnes in eandem crediderint causam, rei nempe conservationem, judicatum refert Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 35. Sed &, si cum eo, qui in aggeris & molendinorum ac aquæductuum similiumque refectionem credidit, disceptent domini directi pro canone vel salario, magis est, ut præferatur domino directo is qui credidit in refectionem, secundum mores nostros hypothecam legalem habens; eo quod & hic salvam credito suo fecit ipsam dominii directi causam, ex quo dependet canonis aut salarii petendi jus; arg. *d. l.* 5. & 6. *ff. h. t.*

21. Vidimus de privilegiatis rerum singularium pignoribus. Sunt & qui generalem hypothecam cum privilegio in omnibus debitoris bonis habent. Ita namque jure Romano mulieri pro recuperanda dote & dotis augmento a die augmenti hypotheca cum privilegio ante alios exigendi fuit, sic ut ei soli cedere debuerit qui in militiam emendam credidisset cum expresso pacto in scripturam redacto, ut militia pignori sit, ac paris fuerit juris cum eo, qui in rem emendam cum expressa pignoris conventione nummos subministravit, *novel.* 97. *c. his consequenter* 3. 4. quod & ad sponsam ac uxorem putativam porrigendum fuit arg. *l. quæsitum* 17. §. *si sponsa* 1. *ff. de reb. auct. jud. possid. l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. si cum dotem* 22. §. *ult. ff. soluto matrimon.* Et quamvis extraneis heredibus hypotheca sola, non item privilegium prælationis inter hypothecarios, competat, §. *fuerat* 29. *Inst. de action.* liberi tamen ex eo matrimonio progeniti perinde prælationem habent, ac si mater eorum adhuc vivens ipsa egisset, adeo ut etiam ex temporis prærogativa novercæ suæ præferendi sint, nisi res ipsæ, per novercam in dotem datæ, adhuc existant in patrimonio mariti, *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t.* junct. *l. in rebus* 30. *C. de jure dot. nov.* 91. *cap.* 1. Negusantius *de pign. & hypoth. membro quarto partis secundæ num.* 85. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 18. *vers. præter jus, in fine*, seu *n.* 11. D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *n.* 6. *in fin.* Quod autem dictum de hypotheca pro dotis augmento a die augmenti, id primo quidem eo pertinet, ut, si mulier anno ab hinc octavo dotem dederit, augmentum ante quatuor annos, sed si tertius ante sex annos marito crediderit in emtionem fundi Corneliani cum pacto, ut fundus ille pignori sit; mulier pro dote recuperanda primum in fundo Corneliano locum obtentura sit, dein is, qui ante sex annos in fundi illius emtionem cum expresso pignoris pacto credidit, ac tandem ex eo, quod superest ex illius fundi pretio, dotis augmentum mulieri reddatur. Sed & secundo id efficit, ut, si extraneus heres mulieris, ad quem hypothecæ quidem jus, at non privilegium ante alios hypothecarios tempore priores exigendi transit, pro dotis augmento postponi debeat omnibus illis mariti creditoribus, quibus inter primam dotem datam & dotis augmentum jus pignoris conventionalis vel legalis in bonis mariti quæsitum fuit. Pro bonis paraphernis mulieri quidem datam fuisse hypothecam a lege, ut & marito pro dote promissa exigenda, ac pro recuperanda propter nuptias donatione, *tit.* 2. *num.* 20. probatum fuit: sed privilegium ante alios exigendi nuspiam apparet in hisce concessum, ut post multos alios Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 3. Quo usque vero nostris moribus prælatio ratione dotis mulieribus supersit, jam ante *d. tit.* 2. *n.* 20. adnotatum est. Porro quibus in casibus mulier ratione dotis prælationem habet, iis & arrham sponsalitiam (*den Trouw Penning*) ei jure præcipui cessuram, in Frisia judicatum est, Sande *dec. Frisic. lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 8.

22. Fisco quoque agenti ex causa primipilari hypotheca cum privilegio data fuit in omnia bona ejus, qui ex causa primipilari devinctus erat, *l.* 1. *C. de condict. ex lege, l. militas* 3. *C. de primipilo*, nec non in bonis civium pro tributis, (in quibus nervos reipublicæ esse Ulpianus dixit *l.* 1. §. *in causa* 20. *ff. de quæstion*), præcipue quidem in ipsis prædiis tributo obnoxiis, sed tamen etiam ex jure Romano in omnibus bonis eorum, qui in tributi tum rebus tum per-

nonis impositi solutione cessarunt, *l.* 1. *C. si propter public. penis. vend. celebrata sit, l.* 1. *C. in quib. caus. pign. vel hypotheca tac. contrah.* Quod enim olim fiscus ex hisce causis potior fuit mulieribus de dote repetenda agentibus, adeo ut & ipsæ mulierum dotes non item parapherna, de quibus accipienda *l.* 1. *C. de privil. fisci*, in subsidium fisco tenerentur, exclussis omnibus mariti & nominatorum bonis, *l. tacit* 4. *C. in quib. caus. pignus tac. contrab. d. l.* 3. *C. de primipilo*, ejus illa ratio est, quod ante Justiniani tempora uxores nullam ex lege hypothecam pro dote habuerunt, sed tantum inter chirographarios prælationem. Sed ex quo per Justinianum sic aucta fuerunt jura dotium, ut & hypotheca & prælatio inter hypothecarios tributa fuerit, & uno solo in casu mulier cedere jussa fuerit, ei scilicet, qui in militiam emendam cum solemni pacto pignoris credidisset, *nov.* 97. *cap. quia vero* 4. §. *fuerat* 29. *Instit. de actio.* ac denique in vindicandis ipsis rebus dotalibus existentibus creditores omnes cedere mulieri debuerint, *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* consequens fuit, fiscum quoque postponi mulieri de dote contendenti. Est autem causa primipilaris causa annonæ militaris, quæ olim centurioni primipili committebatur inter milites distribuenda, Cujacius ad *l.* 3. *C. de cohortalibus &c.* Confer Calvinum, in *lexico, verbo, primipilus*, licet postmodum & alii primipilares fuerint, puta Rectoris provinciæ officiales, qui ad pascendos milites ad limites provinciæ destinabantur; & omnes elimonias susceptas ad limites devehebant, *l. solita* 5. *Cod. de cohortalibus &c. l.* 5. *Cod. Theodosiani, de cohortalibus &c.* de quibus Jacobus Gothofredus ad *d. Cod. Theodos. in paratitlis libr.* 7. *tom.* 2. *pag.* 260. *& seqq.* Nec sine ratione interpretes ea quæ de debito ex causa primipilari dicta, ad eos extendunt, qui stipendia militum in castris procurant inter milites distribuenda, ut post alios observat Perezius *tit. Cod. de Primipilo num.* 7.

23. Quo autem jure fiscus hodie pro tributis & oneribus ad sublevandas fisci angustias gaudeat, quoque inter creditores loco colloeandus sit, difficilis determinationis est. Realium quidem onerum intuitu, quæ scilicet non personis sed prædiis ac rebus aliis imponuntur, veluti tributa prædiorum (*Verpodigen*), quadragesima ex venditionibus, vicesima hereditatum, centesima aut ducentesima realis patrimoniorum, vix dubium, quin in rebus ipsis tali tributo obnoxiis fiscus convenienter juri Romano prælationem habiturus sit. De centesima sane & ducentesima id apertissimum ex placito *Ordin. Holland.* 15. *Junii* 1673. *vol.* 3. *pag.* 1055. *column.* 2. *in med.* quod repetitum 8. *Octobr.* 1673. *&* 22. *Decembr.* 1673. *d. vol.* 3. *pag.* 1081. *column.* 1. De tributis prædiorum judicatum exstat in appendice decisionum *pag.* 24. *in fine, & pag.* 25. *post. resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. Et quamvis antea de quadragesima ex venditionibus ac oppignorationibus immobilium fisco pendenda dubitatum fuerit, ac decisum commemoretur in *d. appendice decisionum p.* 24. 25. creditores hypothecarios, jus, in quibus ante venditionem constitutum fuerat hypothecæ rei distractæ pretio potiores esse, rarius tamen est, ut nunc illa quæstio locum inveniat, dum nulla nunc alienatio immobilium aut obligatio rata est, nec solemnis traditio aut oppignoratio coram lege loci permissa, nisi postquam constiterit de quadragesimæ solutione, secundum edictum de quadragesima & vicesima, 16. *Aprilis* 1671. *art.* 28. *&* 32. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1010. 1011. Pro tributis personalibus, qualia sunt *Hoofd Gelt. Familie-Gelt, personele Quotisatien van den bonderrten en andere Iningen, personele Lasten van consumtien, en diergelijke*, Ultrajectinis quidem placuisse testatur Ant. Matthæus, citatis edicti Ultrajectini verbis, nullam pro his hypothecam fisco competere in bonis eorum, qui ista debent, sed tantum inter chirographarios prælationem, *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 16. In Hollandia tamen jus Romanum, quod generaliter pro tributis hypothecam in bonis cessantium & prælationem dedit, eo usque abrogatum non esse, patet ex parte ex iis, quæ *tit.* 2. *num.* 8. scripta sunt. Quamvis verum sit, multa nunc tributa pro rebus in antecessum ante importationem & exportationem, ut & ante delationem in domum, solvenda esse, quo fit, ut de prælatione disputatio supervacua sit; & in ceteris magis ex usu quotidiano cujusve regionis ac fori addisci, quam præceptis certis tradi posse in tanta tributorum multitudine ac variatione, quo jure fiscus in singulis tributi speciebus utatur. Confer Carpzovium *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 48. Berlichium *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 64. *n.* 106. 107.

24. Illud constat, jure Romano fiscum in bonis eorum, quibuscum contraxit, ante contractum quæsitis hypothecam quidem, at non inter hypothecarios privilegium prælationis habere; in iis vero, quæ post contractum cum fisco initum quæsita sunt, potiorem esse aliis, quibus de jure Romano generalis anterior hypotheca ex conventione vel lege data erat, sic ut hisce post quæsitis fiscus reliquos in pignoris causa prævenisse intelligatur, *l. si qui mihi* 28. *ff. de jure fisci.* Negusantius *de pignoribus quarto membro secunda partis n.* 113. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *c.* 19. *n.* 81. 83. 84. sive vectigalia locaverit publicanis, sive aliter contraxerit, Matthæus *d. cap.* 19. *num.* 14. Nec obstat *l. ult. pr. ff. h. t.* Licet enim Antonius Matthæus *d. n.* 81. 82. 83. refutatis plerorumque responsionibus tandem ad dissensum veteres inter Jurisconsultos confugiendum putet, non tamen animadverto, cur non responderi possit, Sejam in *d. l. ult.* fisco præferri in rebus post priorem quidem obligationem Sejæ, sed tamen ante contractum cum fisco celebratum quæsitis, Titius scilicet in summam, in quam Seja ex judicio tutelæ damnatus erat, obligaverat pignori omnia bona sua præsentia ac futura; postea idem Titius a fisco mutuatus pecuniam sua ei bona pignori obnoxia reddiderat; cumque deinceps partem debiti Sejæ intulisset, & novatione facta reliquam Sejæ summam promisisset cum repetita pignoris conventione, ac inde quæreretur, *an Seja præferenda sit fisco & in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem acquisivit, donec universum debitum suum consequatur*; responsum fuit *nihil proponi, cur non præferenda.* Optimo sane jure; non enim propositum erat, bona fuisse quæsita post contractum cum fisco initum, sed *post priorem obligationem*; quibus verbis non obscure inclusum erat, ea bona ante contractum cum fisco initum fuisse quæsita; cum alioquin non præcise de bonis *post priorem contractum quæsitis*, sed generaliter de bonis quandocunque, etiam post contractum secundum quæ-

sitis, quæstio formanda fuisset: & ideo Scævola simpliciter ac paucis respondens ad quæstionem, uti formata erat, ait, nihil in ea fuisse propositum, cur Seja non sit præferenda. Nec recte *d. legem* 28. *ff. de jure fisci*, superius adductam, explicueris de casu, quo debitor jam ante contraxerat cum fisco, ac postea sua bona, quæ haber habiturusve esset, privato obligaverat. Quamvis enim Ulpianus in *d. l.* 28. testetur, id, quod ex Papiniano proposuerat, etiam ita constitutum fuisse, & in *l.* 2. *C. de privil. fisci* rescripserit, *jus fisci causam uxoris prævenisse* (formula eadem, quæ in d. l. 28.) si priusquam mariti res uxori obligarentur, maritus cum fisco contraxerit, sed si post bona uxori pro dote obligata maritus rationibus fisci cœperit obligatus esse, in ejus bona cessare privilegium fisci; non tamen existimandum est, ad hanc legem respexisse Ulpianum, cum id, quod in *d. l.* 28. tradiderat, etiam *constitutum* asserit. Primo enim inspicienti d. legem 28. patebit facile, verba ejus ita concepta esse, ut non nisi magna ac violenta cum detorsione capi possint de fisco, qui ante constitutum privato pignus contraxerit, cum dicatur *si, qui mihi obligaverat &c.* (in præterito plus quam perfecto) *cum fisco contraxerit &c.* (in præterito perfecto, ut loquuntur) & proprietas verborum exigat, ut prius factum intelligatur, quod verbo temporis *plus quam perfecti*, quam quod verbo *temporis perfecti*, factum narretur, sed & secundo, si cum fisco prius contractum statuas in d. l. 28. inepta prorsus esset restrictia illa legis definitio, *in re postea acquisita fiscum potiorem esse*; cum utique ex jure hypothecæ legalis, tempore prioris, fiscus non modo in rebus postea quæsitis, sed & in ante quæsitis, debuisset potior esse illis, quibus postea bona omnia præsentia ac futura obligata fuerant. Ac proinde verum quidem est, si cum fisco contraxerit maritus, priusquam sua bona uxori pro dote obligavit, fiscum in omnibus mariti bonis sive ante sive post contractum cum fisco initum quæsitis, potiorem esse, quia anterioris hypothecæ jure munitus erat; verum quoque ex adverso, si demum post constitutum pro dote pignus contraxerit cum fisco maritus, fiscus in bonis antea uxori pro dote devinctis, privilegium prælationis exercere non potuisse, juxta *d. l.* 2. *C. de privil. fisci*, sed id non impedit, quo minus fiscus, qui post constitutum uxori a marito pignus pro dote, contraxerat cum eodem marito, prælationem habeat ante mulierem in bonis mariti, post initum demum cum fisco contractum quæsitis, ut habet *d. l.* 28.

25. Ut autem hæc Romani juris definitio hodie nullum potest habere dubium illis in locis, in quibus hypothecæ generales conventionales anteriores cedunt specialibus conventionalibus posterioribus & generalibus legalibus, quippe in quibus fiscus etiam in bonis ante contractum cum fisco initum quæsitis, ac generaliter per conventionem antea privato creditori devinctis potior nunc esse debet ex hypothecæ legalis obligatione; ita utilitatem & usum adhuc plenissimum obtinet, si cum fisco alii concurrant hypothecam generalem anteriorem ex lege, aut specialem ex conventione habentes, uti & posita juris Romani dispositione de generali hypotheca conventionali speciali hypothecæ circa prælationem exæquata, & quibusdam in locis (veluti Amstelodami, & in Diœcesi Ultrajectina respectu bonorum eodem sub judice sitorum) etiamnum servata. Unde, si pupilli ratione tutelæ administratæ concurrant in bonis tutoris cum fisco ex contractu agente, dicendum foret, in bonis post contractum quæsitis fiscum pupillis anteponi oportere, non item in bonis ante quæsitis, quoties tutelæ delatio antiquior est contractu fiscali. Considerandum enim, pupillis, minoribus, civitatibus, ecclesiis, orphanotrophiis, similibusque, quin & ipsi fisco, in bonis tutorum curatorum & administratorum jure Romano ac moribus hypothecam quidem legalem competere, uti id ex iis, quæ *tit.* 2. *num.* 8. dicta, apertum est; sed privilegium prælationis inter hypothecarios, quod non ex tempore sed causa æstimandum foret, nuspiam legibus civilibus tributum, aut moribus nostris vel statutis inductum esse. Jure certe civili fisco non aliam quam ex tempore inter hypothecarios prærogativam competiisse, evidens est ex *l. si pignus* 8. *ff. h. t. l. res, quæ* 22. *§. res autem* 2. *ff. de jure fisci, l. quamvis* 2. *C. de privilegio fisci*, uti & ex eo, quod jure singulari fiscus in bonis eorum, quibuscum contraxit, post contractum quæsitis prælatus fuit, ut ante traditum ex *l. si, quis mihi* 28. *ff. de jure fisci*, qualis exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Cumque tale in fisco jus sit, & pupillorum non melior quam fisci debeat esse conditio, quippe qui ne legalem quidem alioquin hypothecam habent in bonis eorum quibuscum contraxerunt, & ita minore, quam fiscus, favore gaudent, consequens est, ut ratione bonorum tam ante quam post susceptam tutelam per tutores quæsitorum solam habeant ex tempore, non ex causa, prælationem. Quod enim pupillis similibusque subinde in Pandectis *privilegium* tribuitur, *l. dabimusque* 19. *§.* 1. *& ll. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* id ad jus vetus pertinet, secundum quod pupillis nulla legalis hypotheca, sed tantum privilegium inter chirographarios competebat, ut latius probavi *t.* 2. *n.* 19. cui privilegio non tam addita per Principum posteriorum constitutiones legalis hypotheca, quam potius in ejus locum surrogata fuit. Unde, cum olim pupilli omnibus hypothecariis, etiam tempore posterioribus, cedere deberent, jure posteriori cum iisdem concurrere cœperunt, & ex temporis prærogativa sibi locum vindicavere. Nec quemquam turbare debet, quod fisco privilegium videatur tribui in *l. quamvis* 2. *C. de privileg. fisci, l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* Etenim in *l.* 2. per privilegium nil nisi jus hypothecæ, per modum privilegii fisco a lege concessæ, designari, ex ipsius legis verbis manifestum est. Et in *l.* 34. proprie non fisco, sed credenti in navim fabricandam aut instruendam privilegium tribuitur, quippe qui dicitur *habere privilegium post fiscum*; id est, venit post fiscum, quia fiscus hypothecam habet, quam non habet in navem credens, sed tantum dimissis hypothecariis, inter chirographarios prælationem. Stantque pro hac sententia Cujacius *in paratit. l. C. de privil. fisci.* Costadius *ad l. ult. ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 42. 43. 44.

26. Quod si statutis quædam enumeratio fiat personarum aut causarum privilegiatarum, non præcise eo intelligi debent ordine potiores, quo recensiti sunt; nec alii, qui non enumerati, censendi sunt privilegio aut prælatione destituti, cum illos ex jure communi privilegiatos esse, in aperto esset; nisi ex cir-

cumstantiis, aut verbis taxativis alia statuentium mens colligatur, cum alioquin præsumendum magis sit, exempli tantum causa quorundam mentionem factam esse, ac potius voluisse statuentes se juris communis conformare decisioni, dum id per eos abrogatum non apparet. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 19. 53. 54. Confer Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 12.

27. Ceterum in creditoribus hypothecariis simplicibus qui prior tempore est, potior est jure; *l. si decreto* 2. *C. h. t. si permittente* 4. *C. ad Senatusc. Maced. l.* 2. *l. creditor* 12. *§. ult. ff. h. t.* non tantum in re principali sibi oppignorata, sed & in accessionibus ejus, quatenus illas simul devinctas intelligi, *tit.* 1. *num.* 3. 4. 5. dictum fuit; idque tam usurarum quam sortis intuitu, si modo in usuras quoque pignus obligatum sit; licet post obligationem secundam alteri factam demum cesserit dies usurarum, quæ priori accedunt obligationi, *l. creditor* 3. *§.* 1. *l. Lucius Titius* 18. *ff. h. t.* junct. *l. solutum* 11. *§. si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act. l. grege* 13. *§. ult. ff. de pignor. & hypoth.* Quod si obligationi principali stipulatio pœnæ subjuncta fuerit, non in fraudem usurarum legitimarum, & in hanc quoque pignus nominatim obligatum sit, etiam pœnæ intuitu prælatio ex tempore tribuenda foret, *l. grege* 13. *§. ult. ff. de pign. & hypoth.* uti & ratione impensarum, si quas urgente necessitate creditor in pignus fecerit, adeo ut hæ in summa debiti simul computandæ sint, sive propter possessiones pignori datas ad collationes viarum muniendarum, sive ad quodlibet aliud obsequium necessarium præstitisse creditorem constiterit, *l. in summa* 6. *C. de pignor. & hypoth.* sive alias in pignoris conservationem necessario erogatum sit, arg. *l. si necessarias* 8. *l. si servis* 45. *ff. de pignorat. act. l. creditor* 7, *in fine C. hoc tit.* Nostris tamen moribus circa usuras magis placuit, non omnium annorum, sed tantum triennii intuitu prælationem dari, pro reliquis annis non nisi cum chirographariis simplicibus concursum esse; ne alioquin creditores anteriores cum posteriorum detrimento nimium in exigendis usuris negligentes essent, atque ita posterioribus in dies suum extenuaretur, ac tandem in nihilum abiret, pignoris jus; nisi pro usuris ulterioris temporis, quarum dies jam cesserat ante pignoris constitutionem, pignus solemniter obligatum inveniatur. Groenewegen *ad l.* 18. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 11. Excipiunt quoque nonnulli usuras pretii residui, Mollerus *semestrium lib.* 1. *cap.* 28. & eas, quas fidejussor una cum sorte solvit pro debitore; Mevius *ad jus Lubecens. lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *num.* 23. Sed sine fundamento; cum fidejussor plus juris pro usurarum a se solutarum recuperatione habere non debeat, quam is, cui solvit, & in cujus locum quodammodo subintravit, & venditor pretii intuitu, de quo fidem habuit, in creditum abiisse intelligatur, atque ita vere desierit pretium, qua tale, debitum esse, arg. *l. procuratori* 5. *§. sed si dedi* 18. *ff. de tribut. actione.* Amstelodami tamen non nisi pro sesquiennii usuris in pignore creditor prælationem habet *Willekeurem van Amsterdam, derde deel* 1. *boek. tit.* 34. *num.* 6. *pag.* 290. *col.* 2. Lubecensi quoque jure non nisi unius anni usuras prælationem habere cum ipsa sorte, testatur Mævius *ad jus Lubecense libr.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *num.* 79. & 80. Quid, quod ne triennii quidem aut temporis alterius brevioris statutis definiti usuræ prælationis jure gaudent, quotiens earum intuitu novatio facta est, dum in stipulationem deductæ aut in cautionem scriptam ad instar sortis, relatæ sunt, cum certum sit, novatione perimi jus pignoris, quoties illud non nominatim repetitum est, *l. solutum* 11. *§. novata* 1. *ff. de pignorat. act. l. novatione* 18. *ff. de novation.*

28. Nihil autem interest quantum ad hanc regulam, qua prior tempore jure potior est, utrum expressa sit hypotheca, an tacita; nam & tacitam seu legalem anteriorem præferri posteriori, patet ex *l. cum oportet* 6. *§. ult. C. de bonis quæ liberis, l. etiam* 15. *ff. h. t.* & arg. *l. ult. §.* 1. *in fine C. h. t.* Appendix decisionum *post Respons. Iurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 22. *fere in med.* & tacitam seu legalem non privilegiatam posteriorem cedere conventionali speciali antiquiori uti vice versa, conventionalis posterior antiquiori legali, alibi dictum est. Adde Ant. Matthæum *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 46. Sed & in pignore judiciali temporis prærogativa servatur, ut potior sit, in cujus gratiam post rem judicatam pignus in causa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, prius captum est, *l. si & jure* 19. *ff. h. t.* sive quæstio sit cum aliis, quibus postea itidem judiciale pignus quæsitum fuit, sive alterius generis pignus recentius constitutum sit. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 59. & 62. Confer Mævium *de arrestis cap.* 19. *num.* 26. & *seqq.* & de nostris moribus Groenewegium *ad d. l.* 10 Quin imo, licet in pignore prætorio, quod ex missione in possessionem a prætore factam nascitur, non prosit temporis prioritas, in quantum postea missi rei servandæ causa concurrunt cum prioribus itidem rei servandæ causa missis, ac legatorum nomine prius missi cum illis, qui itidem legatorum nomine postea demum venerunt in possessionem, *l. cum unus* 12. *ff. de reb. auctor. jud. possid. l. is cui* 5. *§. si plures* 2. & 3. *ff. ut in possess. legat. causa esse liceat;* tamen, si alius judiciale vel conventionale vel legale pignus habeat, potior erit illis, quibus post demum ex missione pignus natum est; uti vice versa potiores erunt a prætore missi, si post missionem alius ex lege vel conventione vel judicati exsequendi causa captis rebus hypothecam adeptus sit; *l. si decreto* 2. *C. h. t. l. si postquam* 3. *C. ut in possess. legat.* Denique jure Romano in generali quoque hypotheca regulæ locus est, ut nempe generalem habens anteriorem præferatur habenti tum generalem posteriorem tum specialem posteriorem, nisi generalis anterior tantum in subsidium constituta sit, *l. qui generaliter* 2. *ff. h. t. l. quamvis* 2. *C. de pignor. & hypoth. l. si generaliter* 6. *C. h. t.* Nec dubium, quin & nostris moribus generalis anterior conventionalis potior sit generali posteriore, quæ itidem ex conventione coram lege loci inducta est, adeoque generale pignus idem operetur circa generalia, quod speciale circa specialia, *Politike Ordonnantie van Holl. anno* 1580. *art.* 35. *in fine*, sive bona ante primam pignoris constitutionem, sive inter primam & secundam, sive etiam post solemnem demum secundam hypothecæ conventionem debitori quæsita sint. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 16. & 25. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 44. 45. quod & Negusantio placuit, aliisque ab eo citatis, *de pigneribus membro secundo quintæ partis*

num. 39. An autem generalis anterior conventionalis præferatur generali legali posteriori, vel speciali conventionali posteriori, tum in immobilibus tum in mobilibus, colligendum ex iis, quæ *tit.* 1. *num.* 15. 16. dicta sunt.

29. Ceterum non ex dierum tantum, sed & horarum distantia prælatio in pignore censenda est; cum leges generaliter loquantur, ac definiant, tempore priorem jure potiorem esse, nullam adhibentes inter annos, menses dies aut horas distinctionem, ut proinde sufficiat, unam obligationem pignoris aliquo tempore perceptibili antiquiorem esse. Bachovius *de pignoribus libr.* 4. *cap.* 1. *num.* 4. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 25. *num.* 3. Tuldenus *ad tit. C. qui pot. in pign. n.* 2. Joachimus a Beust *ad l. admonendi de jurejurando pag. mihi* 659. Quod si duobus simul res eadem pignori obligata fuerit, magis est, ut simul in eam rem concurrant pro rata debiti, sive res illa tempore obligationis fuerit in bonis obligatis, sive postea demum ei quæratur, *l. idemque* 7. *§. ult. ff. h. t. l. si fundus* 16. *§. si duo pariter* 8. *ff. de pignor. & hypothec.* Donellus *de pignoribus cap.* 12. *vers. ex quibus intelligi.* Idemque est, ai duobus separatim res eadem eodem die devincta sit, nec appareat, utri prius jus hypothecæ sit constitutum, *d. l.* 16. *§.* 8. *in fine ff. de pign & hyp.* quod & non apparere videtur, cum uni obligationis instrumento hora invenitur inserta, alteri non, nec quicquam de hujus hora probatur. Tuldenus *d. n.* 2. Bachovius *d. lib.* 4. *cap.* 1. *n.* 5. *Plane si quis insulam locatam vendiderit, ac pactus sit, prioris anni pensionem sibi, sequentium pensiones emtori cessuras, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum,* deinde vero pignora ad utramque pensionem non sufficiant, verisimile est, id actum ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur, atque ita jus omnium pignorum primum pertineat ad venditorem, *l. insulam* 13. *ff. h. t.* Sed &, si ex nostris moribus hypotheca in immobilibus eodem die coram eodem judice creditoribus duobus separatim constitura sit, is prior tempore intelligitur, cujus hypotheca loco priore in acta publica relata apparet, arg. *l. si quis habens* 24. *ff. qui & a quibus manumiss. liberi non fiant.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16. *ante med.* Negusantius *de pignoribus secundo membro quinta partis num.* 45. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 66. & 72. Leeuwen *cent. for. par.* 1. *lib.* 4. *c.* 11. *n.* 8.

30. Quia vero non pure tantum, sed & sub conditione hypotheca constitui potest, ac non modo pure pro debito puro, sed & pure pro debito ex conditione vel die suspenso; sciendum ante omnia est, tunc, cum hypothecæ conditio invenitur apposita, non ex tempore existentis conditionis, sed magis ex hypothecæ constitutæ die prælationem competere, adeo ut is, cui sub conditione vel ex die res obligata est, potior sit futurus eo, cui pendente eadem conditione jus pignoris eadem in re pure constitutum fuit, *l. creditor* 12. *§. si primus* 2. *in fine ff. h. t. l. grege* 13. *§. si sub conditione* 5. *in fine ff. de pign. & hypoth.* arg. *l. & quæ* 15. *in pr. l. si fundus* 16. *§. aliena* 7. *ff. de pign. & hypoth.* junct. *l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* Donellus *de pignorib. cap.* 12. *versu, unde num idem,* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 28. *defin.* 100. Negusantius *membro primo quinta n.* 14. Sed & secundo observandum, non existentis diei aut conditionis, principali obligationi adjectæ, sed hypothecæ constitutæ tempus inspiciendum esse, si modo ea principali obligationi inveniatur apposita, quæ invito debitore impleri potest, *l. qui balneum* 9. *§. amplius* 1. *ff. h. t.* Qua ratione si heres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset, &, cum postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedisset, deinde conditio legatorum extiterit, tuendum eum, cui prius pignus datum esset, responsum fuit, *l. qui balneum* 9. *§. sed & si* 2. *ff. h. t.* Idemque in pignore legali, quod jure novo legatariis in bona defuncti competit, statuendum esse, patet ex iis, quæ *tit.* 2. *n.* 21. 22. alibique dicta sunt. Similiter, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, & eandem accepit hypothecam, tunc deinde stipulationis prioris existat conditio, potior non erit, qui postea credidit; quia in his similibusque aliis casibus conditio existens perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, *l. potior est* 11. *§. videamus* 1. *ff. h. t.* Nec dubium, quin, quæ de debito ex conditione suspenso & hypotheca munito dicta sunt, etiam longe magis obtineant, si pro debito in diem, veluti pro pensionibus ædium aut fundorum in futurum exsolvendi pignus constitutum sit, & ante diei existentiam alteri idem pignus pro puro debito pure obligetur, *l. qui balneum* 9. *pr. ff. h. t.* arg. *l. quæsitum est* 14. *ff. de pign. & hypoth.* Quod si ex adverso ea obligationis, cui dies aut conditio adjecta fuit, natura sit, ut invito debitore nasci nequeat, contra dicendum fuerit, eum potiorem fore, cui pignus tempore posteriore pro debito puro constitutum, antequam conditio prioris obligationis extitisset; veluti, si cum alio ante convenerit, *ut, si ab eo pecunia acciperetur, res ei obligata esset: vel a ius pignus acceperit ad eam summam, quam intra certum diem numeraturus esset,* & forte prius, quam numeraretur, alii res pignori data sit: poterat enim is, qui ita priori pignus obligaverat, non accipere ab eo pecuniam, ac sua habebat in potestate, an accipiando se ei obstringat, adeoque eo invito neque conditio impleri potuisset, neque debitum nasci, *l.* 1. *§.* 1. *l. qui balneum* 9. *§. amplius* 1. *l. potior* 11. *pr. ff. h. t.* junct. *l. qui pecuniam* 30. *ff. de rebus creditis, l. pen. ff. quæ res pignori &c. data oblig. non poss.* Quin imo ante numerationem tempore medio neque pura neque conditionalis obligatio principalis suberat, sed tantum spes fore, ut principaliter contraheretur; ac proinde necesse erat, pignus quoque inane esse; quippe quod sine pura aut conditionali obligatione præcedente subsistere non poterat, *l.* 2. *C. pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit.* Ex quo fundamento etiam ab Hollandiæ Jurisconsultis responsum fuit, domo coram lege loci obligata per cauponem pro cerevisiis aut vinis incertis, quæ in futurum per œnopolam aut cerevisiarium cauponi venderentur aut traderentur, non nisi ex tempore, quo vini aut cerevisiæ venditio atque traditio secuta fuit, nasci pro rata hypotheca jus & prælationem, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 291. & *par.* 4. *consil.* 134. Quanquam secundum recentiora Hollandiæ edicta non videatur hypotheca talis pro debito incerto contrahendo firmitatem habitura in immobilibus, nisi certa quantitatis in futurum in obligationem deducendæ facta designatione etiam quadragesima istius quantitatis fisco de-

pensa fuerit, *dict. Ordin. Holl.* 5. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *pag.* 1005. quod & *tit.* 1. adnotatum est. Nec supra dictis adversatur responsum Papiniani in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* cum ibi facti species proponatur, qua alius pro muliere dotem promiserat, & cum dote reddi pactus esset, in restitutionis securitatem pignus a marito constitutum fuerat; quo casu, licet prima facie videri posset, in arbitrio mariti esse, an & quo usque dotem accipiendo velit de dote reddenda obligatus esse, exemplo ejus, cui pecunia ex mutuo numeranda erat; contra tamen placuit, eum non posse dotem promissam non acceptare; neque enim marito permittendum erat id efficere, ut mulier minus dotata sit, atque ita non suo tantum juri (uti quidem in pecunia ex mutuo numeranda) sed & uxoris favori renunciare: unde, cum hæc obligatio talis esset, ut & invito marito nasci posset, meritò ex ipso pignoris constituti momento jus prælationis pro dote tributum fuit. Donellus *de pignoribus cap.* 12. *vers. prioris autem generis.*

51. Diximus hactenus, qui potiores sint, si pluribus res eadem a domino hypothecæ obligata fuerit. Quod si priori a non domino pignus devinctum sit, posteriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino facto, adhuc prior potior est: eo quod ipso primo dominii acquisiti momento firmatum priori fuit pignoris jus, *l. creditor acceptis* 5. §. *cum ex* 1. *ff. h. t.* arg. *l. si a Titio* 2. *ff. de except. rei vend. & trad.* Plane, si utroque tempore, & cum primo, & cum secundo creditori jus pignoris constituebatur, debitor constituens dominus non fuerit, sed postea demum dominium adeptus sit, videndum, utrum obligans habuerit jus possessionis & Publicianam in rem actionem, an vero sine justo titulo ac bona fide rem nactus etiam usucapiendi facultate ac Publiciana destitutus fuerit. Si enim justo titulo & bona fide rem ita consecutus sit, ut usucapere potuerit, is, cui priori rem ita possessam obligavit, potior erit. Nam etsi proprietatem obligare debitor non potuerit, potuit tamen jus possessionis fictumque dominium, ex quo ei Publiciana competebat; eo modo, quo & fructuarius recte suum obligat jus ususfructus juxta *l. si is, qui bona* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* cui consequens erat, eum quoque, cui priori jus pignoris in ipso illo possessionis jure constitutum erat, ex tempore prælationem habere; quippe quem ita tunc prætor tuetur per Servianam, uti debitorem per Publicianam, *l. si ab eo* 18. *ff. de pign. & hypoth.* Et ad hunc casum, quo debitor Publicianam habuit, restringendum; quod simplicius a Paulo traditum, *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, priorem potiorem esse, l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* quod & a Gothofredo innuitur *in notis ad d. l.* 14. Cumque ista ratio, superius adducta, non militet in casu, quo duo rem ab eodem non domino emerunt, aliove quo titulo ad acquirendum dominium idoneo adepti sunt, nemo me mihi contrarium arbitrari debet, cum ad *tit. de Publiciana in rem act. num.* 6. scripsi, eum in Publiciana potiorem esse, qui possideat, etiam cum ab eodem non domino uterque emit. Sane enim in Publiciana nemo actionem & jus suum ex jure auctoris, a quo rem nactus est, sed ex suo tantum capite metitur, si scilicet ipse justo titulo ac bona fide rem ita adeptus sit, ut usucapere possit; ac proinde, si posterior justo emtionis titulo ac bona fide & usucapiendi facultate æque munitus inveniatur ac prior, fas erat, eum in pari causa ex possessione potiorem esse. At in pignore creditoris jus ac potestas æstimatur ex jure debitoris; unde, cum debitor creditori priori jus pignoris prius constituisset in re, in qua jus possessionis ac fictum seu prætorium dominium habebat, etiam ex temporis prærogativa potiorem eum esse oportere, regula in pignoribus probata suadet. Aliud dicendum foret, si debitor rem alienam, cujus intuitu Publicianam non habebat, alio atque alio tempore duobus obligaverit: tunc enim magis est, ut, acquisito deinceps per obligantem dominio, neuter potior esse, sed pro rata concurrere debeat. Nam cum, initio inspecto, neutri creditori quicquam obligatum fuerit, debitore nullum dominii aut possessionis jus habente in re illa singulari, quam specialiter obligavit; acquisito deinceps per debitorem dominio, jus pignoris utrique creditori eodem momento firmatum fuit, incepitque res duobus, in solidum singulis, eodem momento devincta esse: quo casu eos ad pignoris pretium pro rata concursuros, supra dictum est *num.* 8. Hæc ita quoties ab eodem non domino res eadem duobus oppignorata est diversis temporibus; si vero a diversis non dominis id factum sit, meliorem possidentis conditionem esse, Paulus respondit in *l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* Cujus ea ratio est, quia, ubi a diversis non dominis pignus duobus constitutum est, uterque ibi ea incipit causa esse, ut ita prætor eum tueatur, uti debitorem, qui pignori obligaverat, tuiturus esset, arg. *d. l.* 18. *ff. de pignor. & hypoth.* atqui, si duo diversis temporibus rem justo titulo & bona fide nacti sint, potiorem possessoris causam esse, in *tit. de Publiciana actione n.* 7. dictum fuit.

52. Quamvis autem, novatione debiti principalis interposita, etiam pignoris vinculum ipso jure evanescat, *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. solutum* 11. §. *novata* 1. *ff. de pignorat. act.* tamen si novationis tempore pignus repetitum fuerit, superioris temporis ordo creditori manet, perinde ac si in suum ipse locum successisset, idque ratione ejusdem quantitatis ac rerum earundem, quæ priori obligatione comprehensæ erant: non item in quantum debitum anctum, aut alia prioribus pignora adiecta sunt, *l. creditor* 3. *pr. l. creditor, qui* 12. §. *Papinianus* 5. *ff. h. t.* junct. *d. l.* 11. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Gothofredus *ad d. l.* 3. Cujacius *lib.* 11. *observ.* 32. *in pr.* Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 9. *versu, daar ook by gevoegt.* Negusantius *tertio membro partis sextæ n.* 7. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 30. *num.* 10. Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 23. 24.

53. Non tamen tempore prior jure potior est, si prior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam, *d. l. creditor, qui* 12. §. *si tecum* 4. *ff. h. t.* Nec si prior callide apud creditorem secundum dissimulaverit suum pignoris jus; quod multis adstruit Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 86. Nec denique si priori per privatum tantum instrumentum, tribus testibus haud munitum, posteriori vero per publicum, aut privatum quidem, sed trium testium fide firmatum, hypotheca constituta sit, *l. scripturas* 11. *C. h. t.* quæ, quo usque apud nos locum habeant, ex iis, quæ *tit.* 1. dicta sunt, petendum est.

54. Altera tituli parte de iis agitur, qui in hypothecariorum priorum locum succedunt: circa quos sciendum est, hypothecarios quidem creditores posteriores priori etiam invito ac reluctanti offerre potuis-

re, quod ei erat debitum, atque ita in prioris dimissi locum successisse tum sortis tum usurarum intuitu, etiamsi in istam successionem debitor haud consentiret, *l. 1. l. prior* 5. *l. diversis* 8. *l. cum tibi* 10. *C. h. t. l. secundus* 22. *C. de pignor. & hypothecis, l. potior* 11. *§. ult. l. creditor* 12. *§. sciendum* 6. *& 9. ff. h. t. l. ult. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt.* Reliquos quod attinet sive debitoris ejusdem chirographarii creditores sint, sive plane extranei, quibus nihil debetur, offerendo creditori hypothecario id, quod ei debitum; in jus ejus non aliter succedunt, quam si conventione inter offerentem & debitorem, vel offerentem & creditorem interposita, nominatim id actum fuerit, ut in hypothecarii sua pecunia dimissi locum subintrent, *d. l. creditor* 12. *§. a Titio* 8. *ff. h. t. l. Aristo* 3. *ff. quæ res pignori oblig. non poss. l. 1. 2. 3. C. de his qui in priorum credit. locum succedunt, l. cum alter* 11. *C. de fidejussoribus*, aut publica judicis auctoritate jus pignoris in eum, cujus pecunia creditor hypothecarius dimissus est, transcriptum fuerit, *l. si eum* 3. *l. ult. C. de privilegio fisci.* Licet enim regulariter illud inter creditores hypothecarios posteriores & alios sive chirographarios sive plane extraneos intersit, quod hypothecarii posteriores invitis prioribus offerre potuerint, ut supra dictum, alii vero non nisi creditore aut debitore consentiente in id, ut offerens in jus pignoris creditoris hypothecarii dimissi succedat, dum conventione opus est, quæ consensum requirit atque supponit, *l. nulla tibi* 5. *C. de solution.* tamen, si quis pro fiscali debitore fisco solverit, impetrare poterit, in se transcribi pignoris jus: idque fisci favore sic videtur constitutum, ut tanto magis unusquisque ad debita fiscalia fisco pro debitore fiscali solvenda invitetur, arg. *d. l.* 3. *& l. ult. C. de privil. fisci*, ac de illo pignoris transcripti casu accipiendum Antonini rescriptum in *l. 2. C. de his qui in prior. credit. locum succed.* Sed &, si chirographarius, vel extraneus qui creditor non erat, pignus possideat, ac hypothecaria per creditores hypothecarios conveniatur, audiendus est, si his suum creditum exsolvens, jus pignoris in se transcribi desideret; ita pariter sibi suam firmans possessionem, *l. mulier* 19. *ff. h. t. l. Paulus* 12. *§. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*, Addo *n.* 5. *ff. h. t.*

55. Habuerunt autem oblationes hæ, per posteriorem hypothecarium anteriori etiam invito factæ, Iniquitatem quandam, sed & pariter necessitatem. Iniquitatem quidem in eo, quod summa prudentia ac providentia creditori anteriori quæsitum pignoris jus in crediti & usurarum securitatem, eidem auferebatur, atque ita, quo quis felicius sibi de hypotheca sufficiente prospexerat, eo facilius ab ea per factam a creditore posteriore oblationem depellebatur, non sibi sed aliis vigilando proficiens. Necessitatem vero, quia creditor secundus non poterat, invito priore, pignus efficaciter distrahere, nisi oblatione debiti priori facta, *l. diversis* 8. *C. h. t.* Sed cum nostris moribus creditor posterior invito priore recte desideret faciendam solemniter pignoris distractionem, etiam cessat hactenus illud offerendi jus, ne invito creditori anteriori fiat ad transferendam in pignore prælationem, licet de cetero ex conventione inter primum & secundum creditorem, vel etiam inter creditorem hypothecarium & eum qui creditor tantum chirographarius vel nullo modo creditor sed plane extraneus est, id agi possit, ut crediti pariter ac pignoris & prælationis jus in eum transeat, cujus pecunia hypothecarius dimissus est; si modo immobilium intuitu coram lege loci solemnis fiat cessio crediti hypothecarii, quadragesima debiti apud nos & aliis in locis vicinis fisco illata, *Edict. Ordin. Holl.* 16. *Aprilis* 1671. *art.* 3. *& seqq. vol.* 3. *pag.* 1004. *& seqq.* Groenewegen *ad l. 1. C. h. t.* An autem actione cessa præter jus hypothecæ etiam alia privilegia in cessionarium transeant, & qualia, dictum *tit. de hered. vel act. vendita num.* 12.

56. Post hypothecarios creditores chirographarii sequuntur, inter quos etiam privilegiatus non privilegiato, & magis privilegiatus minus privilegiato præfertur. Qua ratione is, qui in funus credidit, iis præfertur, qui in navim reficiendam crediderunt, arg. *l. pen. ff. de religiosis*, & hi rursus aliis simplicibus chirographariis privilegio destitutis, *l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctorit. jud. possidend.* (de quibus alibi latius). Si plures æque privilegiati seu ejusdem tituli creditores sint, concurrunt, licet diversitates temporis intercedant: cum enim privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utatur privilegio, perinde jus inter ipsos obtinet, ac si simplices chirographarii essent: in quibus nulla ex tempore prærogativa locum habet, sed cum prius credentibus posteriores concurrunt, *l. privilegia* 32. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. l. si hominem* 7. *§. ult. ff. depositi*, Carpzovius *defin. forens. part. 1. constit.* 28. *defin.* 12. *in fine*, Berlichius *part. 1. conclus. pract.* 64. *n.* 123. *&* 130. Vigentque chirographariorum privilegia tantum adversus eos, qui necdum debita exegerunt: nam qui debitum consecuti sunt, cum non essent privilegiati, privilegiatis nihil restituunt; cum id extraordinario jure soli fisco datum sit, *l. pecunia* 5. *C. de privilegio fisci*, & non ita per privilegium personale bona debitorum sint affecta, atque quidem per hypothecam arg. *l. quod autem* 6. *§. sciendum* 7. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* nisi, instante utroque creditore tum privilegiato, tum non privilegiato, debitor non privilegiato solverit, arg. *l. si non expedierit* 6. *§. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possidendis*, aut creditores privilegiati jam litem moverint, ac ea pendente solutio non privilegiatis fiat, *l. ex facto* 52. *§. ult. ff. de peculio.*

57. Porro inter chirographarios procul dubio privilegiati sunt, quibus jus retentionis ex lege vel more competit, donec sibi satisfactum fuerit, de quibus alibi actum est. Civitates quoque, licet in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, hypothecam non habeant, inter chirographarios tamen privilegio munitæ sunt, ut dictum *tit.* 2. *n.* 26. Sed & famuli ac ancillæ plerisque in locis præter jus Romanum privilegium habent ratione mercedis, si eo tempore, quo dominus moritur aut foro cedit, eidem cohabitent, nec mercedis jam debitæ usuras pacti sint. Confer Carpzovium *defin. for. part. 1. const.* 28. *defin.* 24. 25. 33. Mævium *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit. 1. art.* 11. *n.* 56. *& seqq.* Berlichium *part. 1. conclus.* 64. *num.* 65. *& seqq.* Ant. Matthæum *de auction. lib. 1. cap.* 20. *n.* 6. Adhæc dominis pecuniæ per furtum ablatæ in res per furem ex pecunia furtiva comparatas, vel in pretium inde redigendum, prælationem inter Chirographarios adjudicatam fuisse, Neostadius commemorat *Curiæ Holl. dec.* 19. *versu, Nopende het twede Point* & *Curiæ supr. decis.* 36. Quæ sententia uti ab

æquitate magnopere commendabilis est, ita, si secundum Romani juris principia ad examen penitius revocanda foret, difficilius defendi posset; cum eo jure res ex pecunia mea comparata mea non fiat, sed nuda mihi personalis actio supersit, quoties non nominatim aliud per modum exceptionis a regula ac ex privilegio cautum invenitur, ut id rebus ex pecunia furtiva comparatis cautum non est, quod plenius exsequitur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 10. Denique si alii ex oneroso titulo, alii vero ex lucrativo, veluti ex donatione per stipulationem aut pactum celebrata creditores sint, non aliter his id, quod debetur, videtur tribuendum, quod si prius simplices omnes ex causa onerosa chirographarii dimissi sint, cum plus favendum sit repetitioni ejus ex quo quis alioquin damnum passurus esset, quam adventitio lucro, *l. non debet* 41. §. 1. *ff. de reg. juris*, arg. *l. ult.* §. *sin vero* 5. *in fine C. de jur. deliber.* Et sane, si revocanda sint, quæ ex titulo lucrativo jam alienata atque translata erant in donatarios, quoties id in fraudem creditorum factum apparet, dum in pari causa melior est conditio agentium de damno evitando, quam eorum qui de lucro captando contendunt, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. creditor. facta sunt ut restit.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 12. *defin.* 29. 30. longe magis re integra, seu necdum translato in donatarium dominio creditoribus de damno evitando ex causa onerosa agentibus prælatio vindicanda est, Mævius ad *jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 9. *art.* 1. *num.* 4. *& seqq.* nisi donatio remuneratoria sit; quatenus officii atque beneficii præstiti ac per antidora remunerandi mensuram haud egreditur, Mævius *d. loco num.* 7. vel dotis promissio sit ei facta, qui in bona fide est, quippe quo casu, cum dos detur ad sustinenda matrimonii onera, dotis datio aut promissio onerosis potius quam lucrativis titulis accensetur, dum indotatam ducturus non fuisset, *l. ult.* §. 1. *in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

33. In quæstione, cujus loci statuta in prælatione tum hypothecariorum tum chirographariorum privilegio munitorum spectari debeant, dicendum videtur secundum fundamenta generalia *in tit. de const. Princip.* parte altera, *de statutis* proposita, in mobilibus debitoris bonis illum observari oportere prælationis ordinem, qui in loco domicilii debitoris probatus est; tum quia mobilia omnia, ubicunque existentia, illic domino suo præsentia esse intelliguntur, ac propterea isto quoque jure regenda sunt; tum quia creditores omnes, qui sequi in agendo debent forum rei, etiam maxime locum domicilii in contrahendo respexisse videtur, quippe in quo præcipue debitor, velut in foro præprimis competente, conveniendus est; tum denique quia, si leges vel loci in quo contractum est, vel fori in quo de creditorum prælatione ac concursu disputatur, observandas censueris, aut inexplicabilibus te difficultatibus implicaturus es, aut ad notabiles delapsurus absurditates. Etenim, si contractuum singulorum loca spectari debere contendas, explicari non poterit, quid fieri debeat, si in Hollandia, Frisia, Anglia, Italia, Hispania diversi per eundem debitorem contractus initi sint, quarum regionum unaquæque diversis ex parte, quin & subinde contrariis de protopraxia legibus utitur, dum in Anglia aut Hollandia contrahentes ex legibus Anglicanis aut Hollandicis præferri desiderabit ei, qui in Frisia contraxit; hic vero ex Frisiæ legis contrariis potior esse velit eo, qui in Hollandia vel Anglia effecit sibi devinctum debitorem. Quod si locum, ubi mobilia proscribuntur, & judicium concursus inter creditores agitatur, spectandum existimes, quasi distributio pecuniarum inter creditores pars & sequela executionis sit, (posito, quod alibi, quam in loco domicilii postremi debitoris obærati mobilia vendi & iis de proropraxia agitari possit, cujus contrarium apud nos tunc obtinere, supra *h. t. num.* 12. dictum est) absurdum illud inde sequeretur, quod tunc non mobilium tantum sed & immobilium intuitu leges loci, in quo judicium de protopraxia agitatur, observandæ forent; cum non minus distributio pecuniæ ex immobilibus, quam ex mobilibus redactæ, diei deberet executionis sequela aut pars; atque ita fieret, immobilia non ex lege situs regi, sed incerti juris subesse dispositioni, prout in hoc vel illo loco, diversis juribus utente, contentio fuerit inter creditores instituta de prælatione. Quin imo, posito illo jure, quod judicium universale concursus creditorum in eo loco ventilari debeat, in quo debitor, cum moreretur aut foro cederet, domicilium habuit, esse in arbitrio debitoris positum, ut migrando de loco in locum creditores non privilegiatos efficeret privilegiatos, hypothecam legalem faceret aliis nasci, aliis interire, prout aliud atque contrarium domicilii prioris aut rei sitæ legibus jus in novissimi domicilii loco viguerit: quod in immobilibus loco certo alligatis, nec arbitrio domini situm mutantibus, ferendum non est; sed potius (cum jam ad immobilia nos deduxerit ratiocinium) in immobilium pretio inter creditores secundum cujusque privilegium distribuendo servandæ erunt leges locorum illorum, in quibus immobilia singula existunt, idque convenienter regulæ in *tit. de const. Princip.* parte altera, *de statut. n.* 12. firmatæ, ac dictanti, immobilia regenda esse jure loci, in quo sita sunt. Confer Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 38. *& seqq.*

TITULUS V.

De distractione Pignorum & Hypothecarum.

SUMMARIA.

1. *Quando creditor possit pignus vendere? Quando secundus creditor, cui pignus pignori datum est? An pignus obligatum pro debito annua bima trima die solvendo, vendere liceat, si prima pensionis intuitu mora facta sit? prorogata termino solutionis debiti principalis etiam differenda venditio pignoris pro illo debito obligati.*
2. *An pignoris venditio impediri possit ex eo, quod parum restet solvendum? an debitoris denunciatione, aut pœnæ comminatione, aut prohibitione testamento facta, ne res alienetur extra familiam, an intercessione per secundum hypothecarium facta? An decreto opus, si vendenda sit res, quæ vel pupillo vel a pupillo pignori obligata est?*
3. *An ipse debitor possit pignus emere? & quid, si emerit? An, & quando creditor possit emere pignus jure Romano ac moribus?*
4. *Si plures res simul obligatæ sint, creditor eligit, quam vendere velit. An generalem & specialem*

habens hypothecam vendere possit res generaliter obligatas ante speciale pignus distractum?

5. *Quæ solemnia adhibenda fuerint in pignoris venditione?*

6. *An valeat venditio pignoris privatim facta, si id pacto actum sit: cum debitor postea id non pateretur, vel aliorum creditorum interesset, ne id fiat?*

7. *An venditio & subsecuta addictio valeat, si solemnia quædam omissa sint, vel decretum a non competente judice sit interpositum, vel debitori nulla ante venditionem denunciatio facta sit? Et an tunc cum pretio etiam usura sint emtori reddende?*

8. *Quid juris, si solemnia quidem observata sint, sed vel is vendiderit, qui non habebat vendendi jus, vel, cum id haberet, in vendendo fraudulenter versatus sit? Et quid si apparitores dolo rem vilioris vendiderint? Quid moribus?*

9. *Si fidejussor pignus emerit, vel secundus creditor ab antiquiore, potuit jure Romano debitor reddito pretio pignus ab emtore avocare. Non item moribus Hollandiæ. An venditioni pignoris potuerit apponi pactum, ut intra certum tempus redimere liceat? Quid moribus? An infirmanda venditio pignoris ad obtinendam solutionem fiduciariam facta, si condemnatus deinde per definitivam absolvatur?*

10. *Si pignus solemniter extraneo venditum ac traditum sit, is dominium acquirit, & vindicare rem potest; nec a debitore vel cæteris creditoribus inquietari potest; nec a creditore vendente, licet is ex alia causa agere vellet. Si antiquior creditor privatim a debitore pignus emerit, per reliquos creditores ei pignus evinci potest; sed tunc ipsi primo reviviscit suum pignus & prælationis jus. Quid juris si primus & secundus creditor simul privatim pignus emerint?*

11. *Si posterior creditor pignus vendat, prior contra emtorem hypothecaria agere potuit, paucis casibus exceptis. Hodie agit contra eos, ad quos pretium pervenit, maxime si tempore judicii concursus inter creditores debiti conditio adhuc penderit, et ob id debitum quidem indicatum, sed solutio obtenta non sit.*

12. *An pignora vendenda sint parata pecunia? An debitor liberetur, sit creditor ab emtore pretium consequi nequeat? An pignus iterum periculo primi emtoris vendi? quid moribus, si auctionarius pretium mobilium consequi nequeat? quid si auctionarius vel curator bonis datus fugerit cum pretio?*

13. *De jure dominii a Principe impetrando, si pignus emtorem non inveniat. An illud moribus adhuc in usu sit?*

1. Si debitor non solvat creditori quod debet, liberum est creditori, non primo tantum, sed & secundo; cui pignus pignori datum est, pignus distrahere, si modo primus debitor in mora sit: hoc enim in mora non existente ratione pignoris, dum vel pignus ipsum vel principale debitum tantum sub conditione, quæ nondum extitit, contractum est, uti tunc primo creditori necdum distrahendi facultas nata est, ita nec secundo, qui jus omne suum ex primi creditoris jure metitur, arg. *lib.* 1. *C. si pignus pignori datum sit*, junct. *l. grege* 13. §. *si sub* 5. *ff. de pignor. et hypoth.* Ut tamen vel trina denuntiatio præmitti debeat, facienda debitori, antequam ad pignoris venditionem procedatur, secundum distinctionem quæ est in *l. si convenit* 4. *ff. de pignor. act. l. creditor* 4 *C. h. t.* de qua plenius actum *tit. de pignor. et hypoth. num.* 21. 22. qua trina vel una denunciatione interposita, etsi quibusdam placuerit, integro adhuc biennio expectandum esse, antequam ad pignoris venditionem procedatur; tamen aliis rectius visum, mox licite fieri distractionem, ac in *l. ult. C. de jure domin. impetr.* non venditioni, sed impetrationi dominii biennium præscriptuum esse, ut videri potest apud Donellum *de pign. cap.* 10. *circa med.* Brunnemannum *ad l. ult. C. de jure domin. impetr. in fine*, aliosque ibidem citatos; frustra dissentiente cum aliis Bachovio de *pign. lib.* 3. *cap.* 23. *n.* 5. Si debitum annua bima trima die solvendum sit, & pro eo pignus datum cum pacto ut distrahere liceat debito non soluto, post moram in prima pensione solvenda commissam procedere licet ad pignoris venditionem, etiam necdum secundæ tertiæque pensionis dies venerit: licet enim una obligatio sit, tamen quia solutio in partes divisa est, & lapso unoquoque anno pars peti potest, §. *at si ita* 5. *Instit. de verbor. oblig. l. si legatum* 5. *ff. de annuis legatis*, imo lapsus ipse diei pro homine interpellat, *l. magnam* 12. *C. de contrah. & emitt. stipul.* atque ita post anni primi lapsum debitor incepit in mora esse, *l. lecta* 40. *ff. de reb. creditis*, sequitur ob moram talem ad pignoris distractionem jure perveniri; quod & Pomponius voluit in *l. si necessarias* 8. §. *si annua* 3. *in fine ff. de pign. act.* cum scripsit, *sed ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competere pacti conventionem*, ut scilicet pignus vendere liceat. Nec repugnant verba priora in *d. l.* 8. §. 3. proposita; eo quod in illis non regula continetur, sed ob verba quædam peculiaria, quibus pactum de pignoris vendendi licentia comprehensum erat, responsio & definitio a generalibus juris fundamentis deflectens ac pacti istius verbis accommodata proponitur; ait enim, *si annua bima trima die triginta stipulatus, acceperim pignus, pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pentionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pentiones demonstrarentur.* Adde Groenewegen *ad d. l.* 8. §. 3. Si pacto certum tempus insertum sit, intra quod non secuta debiti solutione pignus vendere liceret, deinceps autem novo pacto solvendæ pecuniæ dies proferatur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur, *l. cum solvendæ* 4. *ff. h. t. l. solvitur* 5. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

2. Hanc vero pignoris venditionem non impedit, quod non multum restet exsolvendum, & res vendenda magni pretii sit, *l.* 2. *C. debitorem venditionem pign. impedire non posse l. quamdiu C. h. t.* ut ut tamen hic æquitati locus esse debeat, si forte ex fructibus aut pensionibus rei obligatæ propediem refici possit exiguum illud, quod in debito remansit, arg. *l.* 1. *C. h. t.* vide Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *cons.* 42. Similiter nec prohibitio per debitorem testamento facta, ne res alienetur extra familiam; aut denunciatio debitoris ne vendatur; aut pœnæ comminatio, ut res fisco cedat, si vendita sit, vendendi licentiam

creditori aufert; cum per talia jus creditoris diminui aut deterius fieri non possit, *l.* 1. *C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse*, *l. filiusfamilias* 114. §. *divi* 14. *ff. de legatis*. Sed nec creditoris hypothecarii posterioris intercessio; quippe cui per debiti offerendi licentiam, etiam invito hypothecario anteriori, abunde consultum fuit, ut titulo praecedente dictum. Nec denique venditionis licentia impeditur ex eo, quod res distrahenda vel pupillaris est, vel pupillo obligata; usque adeo, ut de rigore juris ne decreto quidem opus sit. Licet enim tutius agere dicatur creditor, si ad alienationem rei pignoratae ad pupillum pertinentis ac legitimo modo obligatae, decretum impetret, tamen simul additur, posse creditorem jus suum exequi, *l. si pupillorum* 7. §. *si pupillus ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura &c.* Et merito, cum frustra videatur implorari decretum, ubi id petenti non potest denegari, arg. *l. pen. C. de prædiis & aliis reb. minor.* Sane si pupillus ipse, auctore tutore, non sibi obligatam velit distrahere, decreto opus non est. Si enim pupillus rem non suam, sed testatoris propriam, fideicommisso restituere rogatus, facere restitutionem possit sine decreto, quia testator dominus ita praecepit, *l. magis puto* 5. §. *si fundus* 4. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura*, longe magis ei rem sibi pignori datam sine decreto distrahendi facultas asserenda est; tum, quia debitor quoque pignoris dominus expresse vel tacite distractionem permittit; tum quia per restitutionem ex causa fideicommissi recedit a pupillo restituente dominium temporarium; cum ex adverso per pignoris venditionem nihil ei pereat, sed magis ipse effectum pignoris, in quem illud datum erat, consequatur. Qua ratione nec per consilium causa manumissionis probanda est, quando minor annis viginti consentit in servi sibi obligati manumissionem, *l. si pater* 4. §. *ult. ff. de manumissis vindicta*, cum ex adverso proprii servi manumissio non nisi causa apud consilium probata secundum legem Æliam Sentiam poterit expediri, §. *eadem* 4. *Inst. quib. ex causis manumit. non licet.*

3. Quamvis autem quilibet regulariter ad distrahendi pignoris emtionem admitti possit, non tamen ipse debitor qui pignus dedit, eo quod nulla rei suæ emtio est; adeo ut, si minoris emerit quam erat in debito, & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum restituenti creditor possessionem restituere non cogatur, omniaque in integro maneant creditori, *l. debitor a creditore* 40. *pr. ff. de pignor. act. l. si debitor* 39. *ff. de contrah. emt. vend. l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris.* Nec ei contrarium est, quod a Paulo traditum in *l. si mandavero tibi* 22. §. *si tibi* 3. *ff. mandati*, cum illic non quaeratur principaliter, an emtio subsistat, qua debitor per interpositam personam pignus a se datum emerat, sed potius, an inter debitorem ipsum & interpositam ad emendum pignus personam subsistere potuerit mandati judicium; ac respondetur, mandatum intelligi, licet, quantum ad meram rationem, mandatum non constiterit, quia id, quod mandatum erat, emtio nempe rei suæ, in persona debitoris inutile ac nullum erat; ut proinde lex illa sententiam nostram firmare magis quam subvertere videatur; licet alii contra sentiant, ut videri potest apud Ant. Matthæum de *auction. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 10. Sed nec creditor ad emtionem pignoris recte accedit, ac ne per interpositam quidem personam; cum is ipse plerumque fuerit, qui pignus vendit; nemo autem a semet ipso emere queat, & simul emtor ac venditor esse. Plane, si debitore vendente creditor pignus comparaverit, consensu perfectam venditionem revocari per debitorem, exemplo grave, cum jam alius emtor alius venditor appareat, *l. & qui sub* 10. *C. h. t. l. Titius, cum* 34. *ff. de pignor. act. l. rescriptum*, 12. *pr. ff. h. t.* (ut tamen secundus creditor pignus avocare adhuc possit creditori primo, cui debitor pignus vendiderat, si ei offerat totum, quod ei est debitum a debitore, *l.* 1. *C. si antiquior creditor pignus vendiderit*). Idemque est, si judicati exsequendi causa magistratus judiciale pignus vendat; cum enim tunc non per eum, qui judicatum fieri postulavit, sed per officium seu apparitorem ejus, qui venditionem decrevit, res venundari soleant, nulla ratio est, cur non cum aliis ipse quoque creditor ad licitationem, ad instar extranei admittatur, *l. cum in causa* 2. *C. si in causa judicati pignus captum sit.* Cumque moribus nostris pignus omne conventionale eodem modo distrahendum sit, quo judiciale, quatenus creditor a judice petere debet, probato pignoris jure, pignus illud per judicis sententiam pronunciari executabile (ut loquuntur) pro debito consequens est, nunc promiscue a pignoris emtione creditores hypothecarios non esse depellendos, utcunque ipsi petierint distractionem, Groenewegen ad *l.* 10. *C. h. t.*

4. Si plures res creditori uni pignori obligatæ sint, creditoris electio est, qua re distracta ad suum velit commodum pervenire, *l. creditoris* 8. *ff. h. t.* An autem is, qui & generalem & specialem hypothecam habet, ante excussam specialem hypothecam bona quædam generaliter obligata distrahere possit, *tit.* 1. *n.* 15. 16. dictum est.

5. Facienda distractio pignorum solemniter, auctione publica, *l.* 1. *l. ult. C. de jure domin. impetrando*, *l. quæ specialiter* 9. *C. h. tit.* præmissa proscriptione in celeberrimis civitatis locis, maxime si immobilia sint, populo per præconem die auctionis convocato, hasta etiam plerumque posita; ac adhibita licitatione, adjectione, & addictione plus licitanti facta. Quæ solemnia pluribus exsequitur ac ex probatis firmat auctoribus Brissonius *select. antiquit. libr.* 3. *cap.* 8. & *de formulis lib.* 6. *pag. mihi* 510. 511. Carolus Sigonius *de antiquo jure civium Romanorum lib.* 1. *cap.* 11. *post med. vers. jus auctionis*, & *lib.* 2. *cap.* 11. *vers. ad argentariorum*, præcipue Ant. Matthæus *de auction. l.* 1. *cap.* 2. *n.* 7. & *seqq.* Et quæ hodie ad solemnem pignorum venditionem requirantur, ex usu magis cujusque fori, quam certis præceptis disci potest.

6. Qualiscunque autem lege municipali aut usu inveterato inductus fuerit pignoris vendendi modus, is servandus est, nec ab eo privatis creditorum ac debitorum conventionibus recedi potest, aut ordo mutari. Unde, si pacto id actum fuerit, ut creditori liceat auctoritate privata pignus vendere, tamen non nisi auctione publica ex judicis decreto id recte fiet, quoties aut debitor venditionem privatim ex pacto fieri non patitur, aut aliorum creditorum hypothecariorum interest, ne quid tale fiat; quippe quibus jus suum venditione privata non perirет, sed vel emtio nulla foret, vel res cum suo onere emtori quæreretur, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 89. quæ incipit *Cornelius*, Groenewegen *ad* §. 1. *Inst. quib. alienare licet vel non.*

Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 11. *in fine*, & *cap.* 16. *n.* 14. 15.

7. Quod si solemnia quædam in pignorum distinctione prætermissa sint, sive dolo sive errore, si quidem notabiliora sint, sic ut ob eorumdem omissionem res vilioris distracta fuerit, non modo debitor, sed & creditores, quorum interest pluris rem vendi, ab illo addictionis decreto appellare possunt, ad id, ut addictione priore rescissa, nova permittatur licitatio novaque addictio sequatur; aut etiam sine nova licitatione res addicatur ei, cui, cum plus obtulisset alius minus offerens in addicendo prælatus fuit, arg. *l. duplex ratio* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis*. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 15. Quin imo, ipso jure nulla erit venditio atque addictio, si vel ex judicis incompetentis decreto facta sit, vel sine prævis denunciationibus domino debitori faciendis interposita, adeo ut res vendita cum fructibus & omni causa vero domino restituenda sit, ac creditor, qui pretium accepit, illud emtori reddere teneatur, velut indebite acceptum, una cum usuris non a tempore solutionis, sed ex quo litis contestatio facta est; tum quia condictione indebiti usuræ ejus, quod indebite solutum, peti nequeunt, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* tum quia nostris moribus regulariter usuræ officio judicis non nisi à tempore litis contestatæ adjudicari solent, ut dicetur *t. de usuris*. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 100. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 3. *consil.* 334. *revera* 234. *pag.* 672. & *seqq.* Sed & aliis pluribus ex causis decretum subhastationis & addictionis nullum esse, pluribus exsequitur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 2. & *multis seqq.*

8. Non idem per omnia dicendum, si solemnia venditionis ex lege vel more observata quidem fuerint, sed tamen alia ratione in vendendo peccatum sit; dum vel is vendidit, qui non habebat vendendi jus, vel is, cui jus vendendi quæsitum erat, fraudulenter in distrahendo versatus est. Nam si is vendiderit, qui non habebat vendendi jus, inutilis jure Romano habebatur venditio, nec ullum debitori domino inferebat præjudicium; nisi tantum a venditione interposita elapsum fuisset temporis spatium, quo usucapio per leges impleta habebatur; quo casu veteri domino adversus creditorem vendentem actio danda erat, *l. servos* 2. *C. si vendito pignore agatur*, arg. *l.* 1. *C. de commun. rer. alienat.* Caruisse autem intelligitur vendendi jure, non ille tantum, qui nullum habuit in re vendita hypothecæ jus, sed & qui, cum pignoris vinculo res ei teneretur, venditionem ad finem perduxit, postquam ei à debitore vel ab alio pro debitore solutio legitimo modo oblata esset, ac ipse eam recusasset acceptare, *l.* 2. *C. debitorem vendit. pign. imped. non posse*, *l. si residuum* 5. *C. h. t. de distract. pign.* arg. *l. ult. C. si antiquior creditor pign. vendid.* Sin ex adverso vendendi jus habens, dum & pignus ei constitutum & in solvendo mora continuata est, fraudulenter in distrahendo versatus sit, venditio quidem subsistit ac rata manet, sed debitor contra vendentem ob dolum agere potest ad id quod interest, fraudem in vendendo haud intervenisse, *l.* 1. *C. si vendito pignore agatur*, *l. si cessante* 7. *C. h. t.* Qua ratione etiam apparitores pignora judicati exsequendi causa capientes ac distrahentes, actione doli teneri domino rerum, quoties dolo eas viliori pretio projecerunt, Ulpianus auctor est, *l. si pignora* 50. *ff. de evictiòn.* quemadmodum & creditori, cujus negotia gerere videntur, actione negotiorum gestorum, *l. ait prætor* 3. §. *si exsecutor* 8. *ff. de negot. gestis.* Adde *tit. de dolo malo n.* 22. Quod, & in subsidium, quando dominus ex bonis creditoris aut apparitoris dolosi, jam ad id quod interest damnati, indemnis servari nequit, emtor cogi potest, ut res cum fructibus restituat debitori, recepto pretio cum usuris; præcipue quidem, si & emtor fraudis particeps fuerit, *d. l.* 1. *l. cum contra* 4. *C. si vendito pign. agatur*, sed tamen & tunc, cum in bona fide hæsit, ut generaliter rescriptum in *l. si uxor* 3. *C. si vendito pign. agatur*, quo tamen casu de fructibus eum non teneri, magis placuit. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 20. *defin.* 5. Joh. Papon *lib.* 18. *tit.* 5. *art.* 27. Idemque est, si fisco pro debitis fiscalibus bona debitorum distrahente apparitores ea viliori pretio ex gratia vendiderint, *l. duplex ratio* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis*, *l. si quos debitorum* 10. *C. de rescind. vend.* Sed cum difficulter moribus hastæ fiscalis fides convelli soleat, magis est, ut nec his in casibus, quibus vel is vendidit, qui vere non habebat vendendi jus, vel creditores aut apparitores dolum in vendendo adhibuerunt, ac solvendo non sunt, venditio infirmari debeat; cum utique debitori liberum, imo necesse fuerit, sese opponere venditioni per eum petitæ, cui distrahendi facultas nata non est, vel ante addictionem arguere dolum creditoris aut apparitoris, vel saltem ab interposito addictionis decreto propter adhibitam apparitoris aut creditoris fraudem appellare, nisi et emtor fraudis particeps fuerit; cum alioquin ne restitutio quidem ex capite doli adversus tertium, qui dolo caruit, implorari queat, ut dictum *tit. de dolo num.* 10. Confer *tit. de resc. vend. num.* 16.

9. Et hoc ipsum, quod nempe difficilius nunc rescindantur addictiones in auctionibus publicis ex decreto factæ, quam quidem de jure Romano, ex aliis quoque manifestum est. Nam, cum jure civili debitor post plenam in actione publica pignoris venditionem seu addictionem, ac subsecutam traditionem, potuisset emtori offerendo pretium cum usuris recuperare pignus, si non extraneus, sed fidejussor, qui pro eodem debito intercesserat vel secundus creditor, ab antiquiore pignus emisset, vel antiquiori obtulisset debitum, atque ita quodammodo pignus comparasset; quasi fidejussor, ut bonam fidem præstet, non tam emere & sibi negotium gerere debuerit, quam potius debitori, pro quo fidem interposuit, atque ita tum fidejussor tum creditor posterior non tam dominii acquirendi quam pignoris aut crediti servandi causa pecuniam dedisse ac pignora suscepisse viderentur, *l.* 1. *C. de dolo*, *l. si mandat.* 59. §. 1. *ff. mandati*, *l. cum secundus* 5. §. 1. *l.* 6. *ff. h. t.* (quod & in Frisia adhuc servatur. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 18.) nostris tamen moribus neque fidejussor neque creditor, qui auctione publica pignus comparavit, illud pretio recepto restituere debitori compellendus est, Groenewegen *ad l.* 1. *C. de dolo*, & *ad l.* 6. *ff. h. t.* Et quamvis jure Romano creditori licuerit distractioni pignoris pactum adjicere, de re vendita sibi aut debitori restituenda, si ipse aut debitor intra certum tempus pretium reddiderit, adeo ut vi talis pacti debitor vel suo nomine agere potuerit oblata pecunia ad restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset & pactus esset, vel saltem a creditore petere, sibi cedi actionem ubi sibi ipsi credi-

tor pacto servaverat pignoris redimendi facultatem, *l. si creditor* 7. *pr.* & §. 1. *ff. b. t.* *l. si, cum venderet* 13. *ff. de pignor. act.* tamen, cum hodie pignora conventionalia eodem modo distrahantur ex decreto judicis, quo judicialia, & hæc æque Romano ac hodierno jure divendantur singulis redhibendi conditione dum omnia omitti debent, quibus emtores absterreri possent, ac venditio difficilior effici, atque ita deterius reddi creditorum jus; consequens est, nec ea ratione emtores ab emtione, semel per addictionem solennem impleta, depelli posse per factam a debitore pretii oblationem. Quæ adeo vera sunt, ut, si fiduciariæ solutionis per interlocutoriam sententiam decretæ intuitu pignora capta atque distracta fuerint, ac deinde per definitivam interlocutoria revocetur, ne tum quidem emtori a debitore pignus emtum auferri possit oblato pretio, sed sufficere debeat vincenti per definitivam, quod adversus victum ad soluti & ejus quod interest restitutionem agere ex cautione possit; eo quod ad distractionis validitatem sufficit, eum rite condemnatum esse, ita post Ant. Fabrum *C. lib.* 8. *tit.* 17. *defin.* 25. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 52.

10. Illud Romano & hodierno juri commune est, quod, si antiquior ac jure potior creditor pignus sollemniter extraneo vendiderit, aut decreto judicis per apparitores distrahi curaverit, extraneus ille emtor neque per debitorem, neque per creditores tempore posteriores aut jure debiliores, ullam oblato pretio soluto pati teneatur emtæ rei oblationem, sed plenissimo & irrevocabili jure dominus fiat, *l. cum prior* 3. *ff. b. t.* *l.* 1. 2. *C. si antiquior cred. pign. vendid.* *l. si generaliter* 6. *C. qui pot. in pign.* & contra possessores quoscunque possit in rem actionem exercere, *l. obligatis* 15. *C. b. t.* nec vinci, si conveniatur de proprietate, si modo debitor dominus fuerit, *l. qui a creditore* 18. *C. b. t.* junct. *l. si is* 10. *ff. b. t.* vel ipse creditor, qui vendidit, ejusdem rei ex alia causa vellet quæstionem movere, *l.* & *si is* 10. *ff. b. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 18. Uti ex adverso, si creditor antiquior pignus non auctione publica sed privatim a debitore comparaverit, liberum reliquis est adversus eum hypothecaria agere, & pignus evincere perinde ac si extraneo debitor pignus vendidisset, *l.* 1. *C. si antiquior cred. pignor. vend.* Quo tamen casu creditori antiquiori, cui jam per emtionem domino facto desierat res pignori esse, dum rei suæ pignus non subsistit, jus suum pignoris cum prælatione ita reviviscit, quasi nulla pignoris emtio intervenisset; cum etiam re ipsa emtio per hypothecariam a posteriore intentatam & evictionem subsecutam hactenus infirmetur, atque ita eventus docuerit, revocabile tantum dominium creditori primò fuisse quæsitum; quo fit, ut ablato domino pristina jura redintegrentur, *d. l.* 1. *C. si antiquior cred. pign. vend.* *l. pen.* §. 1. *ff. de except. rei judicatæ*, eoque faciunt, quæ de juribus post retractum emtori reviviscentibus dicta *tit. de lege commissor. num.* 28. *in fine.* Christinæus *vol.* 4. *decis.* 162. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 70. Matthæus de Afflictis *decis.* 16. Responsa jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 281. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 14. *num.* 11. Secus quam obtineret, si & antiquior & posterior creditor simul una emtione emissent privatim a debitore prædium sibi obligatum; tunc enim alter in alterum nullam haberet actionem, quia consensum mutuo venditioni dedisse intelliguntur & juri pignoris renunciasse, *l. Titius* 9. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

11. Quod si posterior creditor hypothecarius pignora distraxerit; prior ac jure potior nullam contra posteriorem creditorem de pretio ex pignorum venditione redacto actionem habuit, sed tantum contra tertios pignorum possessores hypothecaria experiri jus civile ei permisit; eo quod pecunia ex pignore redacta pignori obligata non est, nec in judiciis particularibus in locum rei succedit, *l.* 1. *ff. b. t.* juncta *l. idemque* 7. §. *si tibi* 1. *in fine ff. qui pot. in pign.* *l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis*, nisi heres sub beneficio inventarii adita hereditate distraxisset, & creditores jura debiliora habentes ex pretio dimisisset, *l. ult.* §. *sin vero* 5. & 6. *C. de jure deliberandi*, vel fisco tanquam creditori potiori debitum esset, *l. pecunia* 5. *C. de privil. fisci*, *l. deferre* 18. §. *ult. l.* 19. 20. 21. *ff. de jure fisci.* Sed cum hodiernis moribus omnis venditio pignorum conventionalium ac legalium æque ac judicialium ex decreto judicis solemniter facienda sit, & pretium inde redactum non aliter creditoribus cedat, quam si caverint de restituendo, ubi alii emerserint potiora jura habentes, atque ita pretium auctoritate publica surrogetur in locum rei, magis est, ut nunc emtores addictione fideque publica muniti inquietari nequeant per eos, qui se in pignore potiores esse contendunt, sed vi cautionis adversus creditores posteriores ex pretio dimissos agendum sit, quoties justa subest excusatio, cur non maturius ac re adhuc integra de jure suo experti fuerint, qui se ajunt potiores esse, Groenewegen *ad l.* 13. *Cod. de evict.* & *ad tit. C. si vendito pignore agatur.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *n.* 9. *in fine*, vel quoties conditio debiti aut hypothecæ constitutæ adhuc in pendenti est eo tempore, quo inter creditores de prælatione sententia fertur, vel in casum evictionis, quæ necdum secuta est, fundus pignori obligatus est, cum his in casibus tantum jus suum ex conditione suspensum denunciare interim creditor possit ac debeat, tempore eo, quo de prælatione disputatur, ac neutiquam impetrare debiti ex conditione etiamnum suspensi & adhuc incerti solutionem. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 97. (*vel* 96.) *quæ incipit, Guilielmus.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 10. *n.* 45. Adde *tit. de judiciis n.* 28.

12. Licet autem regulariter parata pecunia pignora distrahenda sint; adeo ut, emtore pretium non solvente, iterata fieri possit ejusdem rei venditio periculo primi emtoris, *l. a divo Pio* 15. §. *sed si emtor* 7. *ff. de re judicata*, junct. *l. si fundus* 4. §. *pen. ff. de lege commissoria*, potuit tamen creditor pignus vendens fidem emtori habere de pretio, si aliter bonis conditionibus res emtorem non inveniret, arg. *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *ff. de pign. act.* *l. quæsitum* 9. *ff. b. t.* eo modo, quo & in casum evictionis duplum repromittere, si ob id pluris pignus distrahendum esset, *l. si pignore* 22. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Si tamen creditor deinceps ab emtore pretium consequi nequeat, nec culpæ possit argui, debitor adhuc obligatus manet, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta, *d. l. quæsitum* 9. *ff. b. t.* Plane si nostris ex moribus auctione publica res mobiles per auctionarium, seu præconem distractæ sint, ac is pretium ab

emtore non exegerit, periculum neque creditoris, sed ipsius auctionarii est; quippe qui imputare sibi debet, quod emtoris fidem secutus fuerit, nec rem pro pretio retinuerit, aut idoneos ab eo exegerit fidejussores, quod variis statutis cautum docet Ant. Matthaus *de auction. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 11. Subjungens *n.* 12. creditorum periculum fore, si vel auctionarius vel curator bonis datus cum pecuniis exactis fugerit, aut alias solvendo non sit.

13. Si pignus vendendum emtorem non inveniat, totoque biennio sic venale fuerit habitum, petitur & impetratur deinceps per creditorem a Principe, non magistratu, *elegantes* 24. *pr. ff. de pignor. act. l. ci is, qui* 63. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* (licet olim in pignore judiciali etiam prætoribus ea potestas videatur data ex rescriptis Imperatorum, *l. a Divo Pio* 15. §. *si pignora* 3. *ff. de re judicata*, ad quæ rescripta generalia prætores ea potestate munientia, videtur pertinere quod dicitur a Gordiano, *auctoritate Principis dominium creditori addici solere, l. ult. C. si in causa jud. pign. capt. sit*), dominium pignoris justo pretio æstimanti, adeo ut superfluum creditor debitori restituat, & ejus, quod minus est in pretio quam debito, salvam habeat exactionem. Quod & obtinet, si post impetratum dominium creditor pignus vendat. Ut tamen Princeps non ante dominium addicat creditori, quam si prius ex jussu Principis magistratus debitori certum adhuc temporis spatium præfinierit, intra quod ille creditori satisfaciat, ac ne sic quidem venierit debitumque obtulerit. Sed & post dominii impetrationem debitori adhuc integrum est intra biennium continuum pignus recuperare, impensis redditis debitoque soluto, ne debitores temere rerum suarum dominium amittere viderentur, uti hæc omnia plenius traduntur in *l. ult. C. de jure domin. impetr.* Quæ tamen impetratio dominii non impedit, quo minus verus dominus rem evincat, si doceat, eam suam esse, ac per errorem a Principe velut debitoris propriam fuisse, addictam, arg. *l. elegantes* 24. *ff. de pignorat. act.* cum Princeps non soleat beneficia concedere in alterius injuriam, *l. nec avus* 4. *C. de emancip. liberor.* & res inter alios acta vel judicata aliis non noceat, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicata*, ac ipsa quoque res in judiciis divisoriis uni adjudicata recte evincatur, si aliena appareat, licet alioquin adjudicatio quoque dominium tribuat, arg. *l. si per errorem* 17. *ff. de usurp. & usucap.* junct. §. *ult. inst. de offic. judicis.* Ceterum hæ dominiorum impetrationes tantum in speciali, non item in generali pignore locum habent, *l.* 1. *C. de jure Dominii impetr.* & censetur creditor, qui jam dominium impetraverat, ab ea impetratione destitisse, si postea usuras aut debiti partem receperit a debitore, *l.* 2. *C. eod. tit.* arg. *l. post diem* 7. *ff. de lege commissoria.* Quid, quod & moribus nostris tota dominii impetratio abolita est, dum creditores ipsi hypothecarii, qui subhastationem impetrarunt, ad licitandum admittuntur, atque ita vel emtionis titulo sibi pignus acquirere, vel licitando emtores extraneos adigere possunt ad justa pignorum venalium pretia constituenda, Groenewegen *ad tit. C. de jure domin. impetrando*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. quib. alien. licet vel non num.* 4. post alios ibidem citatos.

TITULUS VI.

Quibus modis Pignus vel Hypotheca solvitur.

SUMMARIA.

1. *Pignus solvitur, si creditor fiat dominus pignoris, nisi creditor antiquior pignus privatim emerit, & secundus creditor id evincat.*
2. *Etiam sublato principali debito per confusionem, solutionem, novationem &c. An si liberi matri tutrici successerint, bona vitrici liberentur a vinculo pignoris legalis? Quid juris, si pignora in novatione repetita sint? An pupillus censeatur novasse obligationem ex tutela & perdidisse pignoris jus, si post pubertatem usuras reliquorum acceperit? Totum debitum debet solutum esse, licet plures debitoris heredes sint. Quid, si primus debitor solverit, cum pignus pignori datum esset?*
3. *An, cum remissio principalis debiti inutilis est, remissio quoque pignoris invalida sit?*
4. *An evanescat vinculum pignoris, si mancipium obligatum manumittatur aut prostituatur? Pignore extincto, an debitor cogi possit, ut aliud pignus det pro annuo reditu vel alio debito?*
5. *De pacto ne res pignori sit, redditione pignoris, aut instrumenti continentis obligationem pignoris.*
6. *An solvatur pignus, si creditor in rei obligatæ alienationem consenserit expresse vel tacite? Quid si tantum sciverit rem alienari nec contradixerit, tum jure civili tum moribus circa mobilia & immobilia?*
7. *Quid si alienatio, in quam consensit creditor, non sequatur, vel non eo modo, vel ab ea jam facta recedatur? An reviviscat pignus, si res postea redeat in dominium debitoris ex nova causa.*
8. *Quando verum sit, quando non, resoluto jure dantis jus pignoris resolvi? ubi de ususfructu finito, qui obligatus erat, de pignore pignori dato, si debitor primus solvat; de emphyteusi aut superficie amissa; de re fideicommisso conditionali obnoxia interim per gravatum pignori data; de re in diem addicta, vel sub lege commissoria vendita interim obligata, si venditio resolvatur. Quid, si obligata sit res, quæ vendita erat, sub conditione, ut si displicuisset, reddere liceret, vel quæ ob vitium redhibetur?*
9. *An rescissa venditione ob enormem læsionem res interim per emtorem obligata redeat ipso jure libera ad venditorem, distinctione explicatur.*
10. *Si jus pignoris ex conventione vel lege tantum ad certum tempus constitutum sit, vel dominus consenserit, rem suam usque ad annum obligari, lapso tempore res desinit obligata esse. Quid si dominus directus consenserit in feudi oppignorationem, sed ea lege ut intra sexennium luatur?*
11. *An extinguatur pignus, oblato pignore alio æque idoneo invito creditori?*
12. *An legale pignus pereat per conventionale, vel per fidejussores datos?*
13. *An sola oblatione debiti sine depositione?*
14. *An mutatione formæ rei obligatæ? vel nova specie facta? An debitor invito creditore possit domum pignoratam destruere, aut formam rei mutare?*
15. *An priori creditori pereat suum pignoris jus, si consenserit, alteri creditori rem eandem obligari?*

16. *An resoluto jure pignoris ob chirographarium debitum pignus retineri possit? An & pro usuris debiti chirographarii?*

1. Pignoris obligati vinculum multis potest dissolvi modis, puta, si creditor fiat dominus pignoris ex contractu, successione, aut alia quacunque ratione; eo quod, uti res sua nemini servire potest, *l. utifrui* 5. *pr. ff. si ususfruct. pet. vel ad al. pert. neg.* ita nec pignori devincta esse, adeoque res devenit ad eum casum, a quo initium habere non potest, *l. si rem alienam* 29. *ff. de pignorat. act. l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris.* Si tamen antiquior creditor privatim pignus a debitore consecutus sit, ac posterior deinde evincat pignus, antiquiori suum reviviscere jus pignoris cum prælationis prærogativa, *tit.* 5. *num.* 10. dictum fuit.

2. Sed & si debitum principale solutione, vel oblatione, consignatione ac depositione pecuniæ debitæ, vel compensatione, vel voluntaria novatione, vel remissione, vel pacto de non petendo, vel jurejurando ad delationem aut relationem partis præstito, vel sententia judicis, vel confusione dum creditor debitori succedit, aliove simili modo, quo obligationes aut ipso jure aut ope exceptionis dissolvi solent, sublatum sit, pignoris quoque vinculum inutile redditur; cum sublato principali accessorium tollatur, *l. solvitur* 5. *pr. & §. ult. l.* 6. *pr. & §.* 1. *l. si deferente* 13 *ff. h. t. l. ult. C. de luit. pignoris, l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si protinquam* 8. *C. de distract. pign. l. si rem alienam* 9. *§. omnis* 3. *ff. de pignorat. act. l. cum te* 3. *& tot. tit. C. de remiss. pignor. l. si tibi decem* 17. *§. de pignore* 2. *ff. de pactis, l. ult. C. de pignor. act. l. novatione* 18. *ff. de novation.* Hinc, cum bona vitrici liberis prioris matrimonii legali hypotheca obligata fuissent ob id, quod eorundem matrem tutricem, non redditis rationibus aut reliquis non illatis, duxisset uxorem, ac liberi illi deinceps suæ matri simpliciter sine inventario heredes extitissent, judicatum fuit, extincta eo modo obligatione principali materna ex administratione tutelæ nata, nec vitrici bona ulterius remansisse privignis devincta, arg. *l. Granius* 71. *ff. de fidejussor.* Sande *decis. Fris. l.* 3. *tit.* 12. *defin.* 4. *in fine.* Ut tamen respectu novationis duret pignus una cum temporis prærogativa, si illud novationis interpositæ tempore repetitum fuerit, *l. creditor acceptis* 3. *l. creditor, qui* 12. *§. Papinianus* 5. *ff. qui pot. in pign. l. solutum* 11. *§. novata* 1. *ff. de pignor. act.* Adde *tit.* 4. *num.* 32. nec pupillus novasse intelligatur, ad id ut suum perderet privilegium aut hypothecæ jus, si post pubertatem rationibus a tutore acceptis, resignationem ejus secutus, usuras acceptaverit, *l. qui nominibus* 44. *§.* 1. *ff. de admin. & peric. tut.* Et quod attinet solutionem, non dubium, quin & sub ea comprehendatur, si creditor ex pignore fructus, debiti quantitatem æquantes perceperit, quoties non subest pactum antichreseos, *l.* 2. *l.* 2. *ult. C. de pignorat. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* Nec aliter solutione vinculum pignoris peremptum intelligitur, quam si totum debitum exsolutum sit, *d. l.* 9. *§.* 5. *ff. de pignorat. act. l. quamdiu* 6. *C. de distract. pignor.* usque adeo, ut non sufficiat, unum ex pluribus ejusdem debitoris heredibus suam exsolvisse hereditariam portionem, sed vel ab omnibus, vel ab uno pro omnibus solutionem integri debiti fieri necesse sit, cum individua credatur pignoris causa, nec obligatio individua ex persona heredum mutationem recipiat, *l.* 1. 2. *C. de luit. pign. l.* 1. *C. si unus ex plurib. hered. debit. aut. cred. l. unus ex multis* 16. *C. de distract. pign.* junct. *l. stipulationum* 2. *§. ex his igitur* 2. *ff. de verb. obligat.* Vide *tit. de pignor. act. n.* 6. Plane, si pignus pignori datum fuerit, & creditori primo per primum debitorem solutum sit, etiam creditoris secundi intuitu vinculum pignoris interire verius est; cum resoluto jure dantis etiam accipientis jus resolvatur, nisi creditor secundus debitori primo denunciaverit, ne is primo creditori solvat, donec sibi satisfactum fuerit, *l.* 2. *C. si pignus pignori dat. sit. l. grege* 13. *§. cum pignori* 2. *ff. de pignor. & hypoth. l. debitor a creditore* 40. *§. ult. ff. de pignor. act.* junct. *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig. poss.*

3. Quod si inutilis sit remissio debiti, pignoris quoque remissio invalida erit, si modo eadem in pignore, quæ in principali debito, ratio sit, *l. debitum* 5. *C. de remiss. pignor.* Unde si debitor debitori suo debitum remiserit in fraudem creditorum, pro quo debito pignus obligatum erat, pignoris æque ac debiti remissio effectu caret, arg. *l. & si pignus* 18. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Idemque est, si metu vel dolo inductus, vel lubrico ætatis lapsu creditor debiti principalis hypothecarii fecerit remissionem; in quantum per restitutionem in integrum ex justis hisce causis æque pignoris ac debiti persecutio redintegratur. Diversum obtinet, si non eadem debiti principalis inutiliter remissi, quæ pignoris ratio inveniatur. Cum ergo donationes inter virum & uxorem, atque adeo etiam debiti remissionem, per quas remittens pauperior & alter ditior efficitur, jure civili reprobatæ essent, *tot. tit. ff. de donat. inter vir. & uxor.* pignorum autem remissiones non inciderent in prohibitam inter conjuges donationem; *d. l.* 18. *ff. quæ in fraud. credit. facta, l. etiam constante* 11. *C. ad Senatusc. Vellejanum,* consequens est, inutili pronunciata donatione, pignoris tamen persecutionem semel remissam extinctam manere: ac de eo casu accipienda *l.* 1. *§.* 1. Donellus *ad l.* 11. *C. ad SCons. Vell.*

4. Manente principali debito, pignoris jus solvitur, si creditor ancillam sibi pignori datam prostituerit, vel aliud improbum facere coegerit, *l. eleganter* 24. *§. in pignoratitio* 3. *ff. de pignorat. act.* aut servus in ædes inductus, atque ita tacite pro pensionibus obligatus; vel generaliter tantum cum ceteris debitoris bonis jure pignoris devinctus, a domino manumittatur ante præclusionem, *l. pen. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. l.* 2. *l.* 3. *C. de serv. pignori dato manumisso.* Adhæc, si res pignorata intereat, *l. sicut* 8. *pr. ff. h. t.* vel ab hostibus capiatur. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 1. Nec compelli debitor potest, ut perempti pignoris loco rem aliam obliget, utcunque pignus in annui reditus securitatem constitutum esset; licet enim in prætoriis stipulationibus ita jus sit, ut sæpius interponi debeant ubi sine culpa stipulantis cautum esse desiit, *l. prætoriæ stipulationes* 4. *ff. de prætoriis stipul. l. si is, a quo* 3. *§. ult. l.* 4. *ff. ut in possess. legat. vel fideicom. nomine esse liceat,* in ceteris tamen una securitatis præstatione defungi debitorem, nec singulis momentis onere cavendi oportere gravari, verius est. Jacobus Coren. *observ.* 35. *lit. L. & M.* Lambertus Goris

adversar. tract. 1. *cap.* 3. *n.* 4. Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 6. *vers. quod item diximus.*

5. Perit insuper solum pignoris vinculum, si a creditore ipsum remittatur pignoris jus, sive tacite, cum res obligata restituitur aut legatur debitori, vel ipsum redditur aut legatur chirographum, quo pignoris obligatio comprehensa est, *l.* 1. *ff. de liberat. legata*, *l. creditorem* 7. *C. de remiss. pign.* sive expresse, pacto interposito, *ne amplius res obligata sit*; quo casu hypothecæ quidem nexum ipso jure, pignoris vero traditione perfecti, obligationem ope tantum exceptionis dissolvi, plenius traditum, *tit. de pactis n.* 3.

6. Evanescit præterea pignus manente debito, si creditore consentiente debitor rem obligatam tertio vendiderit, permutaverit, donaverit, in dotem dederit, aut alio quocunque modo alienaverit; nisi consenserit salvo sui pignoris jure, aut ea lege venditionem fieri passus sit, ut non ante discedatur a pignore, quam postquam sibi ex rei venditæ pretio satisfactum fuerit, *l. si debitor* 4. §. 1. *l. si consensit* 7. *l. sicut* 8. §. *quod si is* 9. & 10. *ff. h. t. l. si probaveris* 2. *C. de remiss. pignoris.* Nec interest, utrum ipse debitor vendiderit, an heres ejus ex consensu per defunctum impetrato, *d. l. sicut* 8. §. *si debitori* 16. *ff. h. tit.* Nec utrum creditor expresse consenserit, an tacite, dum forte subscripsit in tabulis emtionis, si modo non manifeste in subscribendo deceptus sit, *d. l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *in fine ff. h. t.* Sed & si ratihabitio post venditionem a debitore factam supervenerit, pro consensu erit, *d. l. si debitor* 4. §. 1. *in fine ff. h. t.* Sola tamen scientia creditoris cum silentio conjuncta non inducit consensum in alienationem, cum magis ideo passus videatur venire rem, quod sciebat, ubique pignus sibi durare, *d. l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *in pr. ff. h. t.* nisi servus specialiter pignori nexus, sciente nec contradicente eo cui obligatus erat, a debitore manumissus ac in libertate moratus fuerit, libertatis favore, *l.* 1. *C. de remiss. pignoris*, vel creditores eo tempore, quo prædium solemniter sub hasta distrahebatur, programmate admoniti, cum præsentes essent, jus suum execuri non sint; eo quod hastæ fiscalis fides non facile convelli debet, *l. si eo tempore* 6. *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignoris.* Quin & secundum mores hodiernos mobilia, sive specialiter sive generaliter ex conventione vel lege devincta, transire sine ullo onere in quemvis possessorem, sive oneroso sive lucrativo fuerint titulo alienata, uti & immobilia generali hypotheca conventionali nexa ac ex oneroso titulo per debitorem translata, licet creditor in talium mobilium ac immobilium alienationem non consenserit, ac forte nec scientiam habuerit translationis a debitore factæ, plenius expositum *t.* 1. *n.* 13. 14.

7. Non aliter tamen creditoris in alienationem consensu perimitur pignoris jus, quam si ea vere subsecuta fuerit, eo modo, ac tempore, cæterisque qualitatibus ac circumstantiis servatis, quibus creditor suum in alienationem consensum circumscripsit. Nam si non venierit res, in cujus venditionem creditor consenserat, vel vendita quidem sit, sed a venditione recessum fuerit, vel venditio ex aliqua causa inutilis sit, persecutio pignoris etiamnum salva est, *l. si debitor* 4. §. *ult. d. l. sicut* 8. §. *si voluntate* 6. *l.* 10. *ff. h. t.* Sed & si intra annum vendi permiserit, alienatio post annum secuta non aufert jus creditori, *d. l.* 8. §. *pen. ff. h. t.* Plane si consensu in venditionem interposito, debitor donaverit rem pignoratam aut in dotem dederit, vel vice versa, voluntatis magis quam juris quæstionem hanc esse, ac ex circumstantiis oportere dijudicari, utrum & in eum alienandi modum videatur voluisse consentire creditor, patet ex *d. l.* 8. §. 11. 13. 14. *ff. h. t.* Porro alienatione semel recte facta ita secundum juris civilis dispositionem evanescebat pignoris vinculum, ut ne redintegraretur quidem, si postmodum ex nova causa res eadem in debitoris reverteretur dominium ac potestatem *l. ult. C. de remiss. pignor.* Quod tamen hodie mutatum monet Groenewegen *ad d. l. ult.*

8. Resoluto quoque jure ejus qui pignus dedit, creditori suum jus pignoris interire necesse est. Quod tamen non semper ipso jure, sed sæpe tantum ope exceptionis fit. Ipso quidem jure id contingit, quoties is, qui rem pignori obligavit, plenum in ea re jus non habuit, sed penes alium fuit potentius jus dominii vel præsentis vel futuri, ex quo res illa obligata invito eo, qui obligaverat, reverti potest. Qua ratione, si quis pignus pignori dederit, secundo creditori protinus evanescit pignoris jus, quam primum creditori primo, qui pignus pignori dederat, per debitorem primum solutio debiti facta est, ut supra probatum *n.* 2. *in fine*. Idemque est, si fructuarius suum usumfructum pignori obligaverit, & is morte fructuarii aliove simili legitimo modo extinctus ad proprietatem revertatur, *l. sicut* 8. *pr. ff. h. t.* arg. *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. locati* vel emphyteuta aut superficiarius suam emphyteusin aut superficiem; & dein ob non solutum canonem aut solarium fundus redeat ad dominium directum ex jure commissi, *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor & hypoth.* arg. *l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pign.* Sed & si heres rem a defuncto sub conditione legatam aut fideicommisso relictam, eadem pendente, pignoris nexui effecerit obnoxiam, existente conditione res ipso jure liberata per legatarium vindicari potest, *l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. commun. de legatis*, *l. grege* 13. §. *statu liber* 1. *ff. de pign. & hypoth.* Nec aliud obtinet, si cum lege commissoria res vendita vel in diem addicta fuerit, ita ut puram ista pactio venditionem fecerit, atque adeo translatum in emtorem dominium emtor interim pignori obligaverit, sed postea ob non solutum pretium vel ob allatam conditionem meliorem res inemta fiat, *l. si res* 3. *ff. h. t. l. ubi autem* 4. §. *sed & Marcellus* 5. *ff. de in diem addictione.* Quorum omnium exemplorum, etiam a Vinnio *in select. quæst. libr.* 2. *cap.* 5. relatorum, illud fundamentum est, quod non plus juris habere potuerit creditor, quam habet is, a quo pignus tenet, *l. si superatus* 3. §. 1. *ff. de pign. & hypoth. l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur.* jam autem in superioribus omnibus casibus non nisi revocabile dominium aut jus debitori oppignoranti quæsitum fuerat, quod & sciebat, aut saltem ignorare non debebat creditor, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, ac proinde queri non debet, si ipsi pignus pereat, dum debitori suum ab initio revocabiliter tantum acquisitum evanescit jus, sed magis sibi imputet, quod tam lubrica cautione voluerit contentus esse. Nullus certe, ut jam dictum, plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; ac proinde, cum in casibus superioribus is, qui pignori dedit, revocabile ac temporarium tantum habuerit dominium aut aliud jus

absurdum esset, illud alteri constituere pignoris jus, ultra tempus illud, quo penes eum ex præcedente conventione, vel defuncti voluntate, jus illud debebat permanere. Diversum est, si res distracta sit sub conditione, *ut, si emtori displicuisset, reddere liceret*; & antequam displicuerat, per emtorem pignori obligata sit, vel servus aut res alia morbosa vel vitiosa vendita ac postquam per emtorem creditori devincta fuerat, ob vitium morbumve redhibeatur: non enim ipso jure pignus tunc solvitur, tum quia plenum perpetuumque dominium ei, qui pignori dedit, quæsitum fuerat, qui proinde etiam in perpetuum, seu sine temporis restrictione, re pignori obligandi potestatem habebat; quo semel facto, uti creditori perire non poterat jus, si pignori obligans deinceps rei obligatæ dominium in alium transferat, ita nec, si vel redhibeat, vel reddat displicente sibi venditione; tum etiam, ne in arbitrio debitoris sit, ipsum pignoris vinculum in re plenissimo jure sibi quæsita, ac citra suam voluntatem nunquam directo vel per indirectum auferenda, dissolvere, atque ita suum consilium in alterius præjudicium contra communem juris regulam mutare; sed potius emtorem ad pretii restitutionem ex his causis agentem repellet venditor, excipiendo, rem redhibendam a vinculo pignoris per emtorem impositi necdum liberatam, aut eo nomine cautum esse, *l. si res distracta* 3. *in fine*, *l.* 4. *ff. h. t.* junct. *l. redhibere* 21. §. 1. *l. bovem* 43. §. *pignus* 8. *ff. de ædilit. edict.*

9 An autem, venditione ob enormem læsionem rescissa, res vendita ac per emtorem interim oppignorata, ad venditorem redeat ipso jure liberata ab onere pignoris, an vero etiam obligata maneat postquam in venditoris potestatem reversa est, donec solutione debiti vel aliter per emtorem liberata fuerit, ambiguum est. Liberam redire quondam Bartolus negavit, affirmavit Baldus, & suos uterque nobiles habuit sectatores, quos recenset Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. *& seqq.* Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 24. Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 5. Ex superioribus autem fundamentis ad hujus quæstionis decisionem, media quodammodo via electa, distinguendum existimo, utrum venditor agat remedio *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* dum longe vilioris rem vendidit, an vero emtor, dum longe pluris rem emit, quam quanti illa vere valebat, atque ita se ultra dimidium læsum queratur. Si enim venditor læsus agat, magis est, ut resoluta venditione res liberata redeat ad venditorem; eo quod jam non ab emtore processit resolutio contractus, sed a venditore; quippe qui judicio compulit emtorem, ut discederet ab emtione, si id, quod justo deerat pretio, supplere nollet. Etenim non voluntate sua libera, sed coactus ille a contractu recedere intelligitur, qui, ni pretio jam numerato plus quam alterum tantum addat, reddere rem emtam sententia judicis compelli potest, arg. *l. illud aut illud* 25. §. 1. *ff. de constit. pecunia*. Nec est, quod obtendas, plenissimo & irrevocabili jure statim ab initio dominium a venditore in emtorem transivisse. Nam cum ad emtionem inter alia requiratur, ut pretium justum sit, & rei vendendæ respondeat, intelligi non potest plenum & irrevocabile dominium rei in emtorem translatum, quamdiu ab emtore pretium justum, vel saltem iniquitate tolerata laborans, præstitum non est. Quod si ex adverso emtor læsus hoc *legis* 2. remedio expertus sit, rectius dixeris, ipso jure pignoris jus haud resolutum esse, sed idem potius hoc in casu videri comprobandum, quod de emtore ob morbum vitiumve rem venditam redhibente superius traditum est; eo quod hic a libera emtoris voluntate proficiscitur resolutio venditionis: quippe qui potuisset non experiri illa remedia, uti emtor potuisset a redhibitoria abstinere, ac re tali, qualis erat, contentus esse. Nec recte dixeris, invitum agere, quia agit ut enormem evitet in pretio læsionem; nisi eodem jure asserueris, invitum quoque emtorem redhibitoria experiri, quia, ni ea agat, ex vitio morbove rei latente in damno hæsurus est. Quod tamen cum non obfuerit, quo minus Jurisconsulti responderent, post redhibitionem durare ipso jure pignoris obligationem, etiam nostro in casu non oberit, dum emtor avertendæ læsionis gravioris ergo experitur.

10. Porro, si pignoris obligationi dies vel conditio adjecta fuerit, ad quam usque pignoris ipsius vinculum duret, veluti, *ne ultra annum pignus obligatum maneat*, vel, *ut desinat esse pignori res, ubi creditori fidejussor idoneus datus fuerit*, aut ipso jure aut saltem ope exceptionis jus pignori evanuisse dicendum est, *l. item liberatur* 6. *l. pen. ff. h. t.* Qua ratione etiam moribus Hollandiæ legalis hypotheca publicanis data pro tributis & impositionibus in bona eorum, qui illa debent, aliquando sex mensium aut breviore spatio, computando ab elapso conductionis cujusque termino perire, ac tantum personalem deinceps actionem superesse *tit.* 2. *num.* 8. dictum fuit. Nec dubitandum videtur, quin, si dominus consenserit in rei suæ obligationem pro debito alieno in proximum sexennium, post decursum sexennium, res illa a vinculo pignoris libera futura sit, cum limitata concessio limitatum debeat effectum producere, & ad tempus permissa post illud intelligi debeant prohibita esse, arg. *l. servitutes ipso* 4. *ff. de servitutibus*, nec de injuria aut læsione creditor queri possit, dum magis est quod sibi imputet, cur tali per temporis adjectionem limitato pignore voluerit contentus esse. Eoque etiam pertinet consensus domini directi illis in locis, in quibus ad feudi oppignorationem secundum scriptas fundorum consuetudines etiamnum consensu domini opus est, si is consenserit ea lege, ut intra sexennium pignus luatur. Nisi forte alicubi usu constante contrarium invaluerit, ut nempe etiam post sexennium duraret pignus, non obstante tali adjectione, sicut id in Geldria receptum tradit Lamb. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 11. *num.* 9. *& seqq.* Adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 348.

11. Non tamen extinguitur pignoris jus oblato per debitorem pignore æque idoneo creditori invito, secus si volenti, arg. *l. item liberatur* 6. §. 1. *ff. h. t.* *l. si mandatu meo* 45. §. *item, si* 2. *ff. mandati*, *l. si rem* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 84. *in fine*, Castillo Sotomajor *quotid. controv. lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 56. Pinellus *ad l.* 2. *Cod. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 21. nisi evidens omnino sit, sine dispendio creditoris id fieri posse; quo casu id arbitrio judicis permitti debitori æquum videtur, licet aperto jure deficiamus, Castillo *d. n.* 56. Pinellus *d. cap.* 1. *num.* 21. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 140.

12. Similiter nec pignus legale perimitur, ubi conventionale constituitur, aut fidejussores dantur; cum provisio hominis non tollat provisionem legis, quoties jam ante hominis provisionem nata est legis provisio, ac ad eundem utraque finem tendit, sed magis tunc applicandum sit illud, abundantem cautelam non nocere, arg. *l. item liberatur* 6. §. *ult. ff. h. t. l. creditori* 2. *C. de fidejussor.* Nec obstat *l. ult. C. de pactis convent.is*, cum in ea pignus legale tantum in subsidium concessum fuerit ex nova Justiniani constitutione, si nullo conventionali pignore sive generali sive speciali mulier sibi prospexisset pro paraphernorum securitate; dum constat, ante Justiniani tempora solum personale inter chirographarios privilegium pro dote, longeque magis pro paraphernis, competiisse. Minus obstat *l. pen. ff. h. t.* quia ibi res erant pignori obligatæ expressa conventione, & ea quidem limitata, donec scilicet *aut merces prædii rustici soluta aut creditori satisfactum fuerit*: cum ergo fidejussores deinde pro pensione admitteret fundi dominus, ei sua voluntate satisfactum intelligebatur, convenienter *l. si rem* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* junct. *l. solvitur* 5. §. *si convenerit* 2. *l. item liberatur* 9. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 3. & 23. Negusantium *de pignor. quarto membro secunda partis n.* 138. *vers. quarto ampl.* Bachovium *de pignoribus lib.* 6. 5. *cap.* 11.

13. Sola quoque oblatio debiti ad perimendum pignoris vinculum sufficiens non est, si ad eam consignatio & depositio non fuerit subsecuta, *l. si creditrici* 6. *l. acceptam* 19. *C. de usuris.* Licet verum sit, oblatione sola ipsam impediri pignoris distractionem, *l. si residuum* 5. *C. de distract. pignor.* ac proinde post talem oblationem denegari creditori per prætorem actiones, quibus ille pignora persequi & ad venditionem eorum procedere vellet, si modo debitor in eodem satisfaciendi proposito perseveret, arg. *l. si debitor offerret* 30. *ff. de solution.*

14. Mutationem formæ rei pignoratæ quod spectat, si quidem ea talis sit, plane nova fiat species, jus pignoris extinguitur, velut si ex sylva pignori obligata domus aut navis facta sit, *l. si convenerit* 1. §. *pen. ff. de pignorat. act.* idque quoties non a domino, nec ab alio nomine domini, sed ab extraneo id factum fuerit, ut dictum *tit.* 1. *n.* 4. Sin species prior non plane mutata appareat, pignus etiamnum durare intelligitur; veluti si ex domo area, vel ex area domus facta fuerit, vel in fundo vineæ aut arbores plantentur, *l. si fundus* 16. §. *si res* 2. *l. Paulus* 29. §. *domus* 2. *l. ult. ff. de pignor. & hypoth. l. domo* 21. *ff. de pignorat. act.* Idemque dicendum, si ex massa obligata scyphi facti sint, aut scyphi obligati in rudem auri vel argenti massam redacti fuerint, arg. *l. lana legata* 88. §. *ult. ff. de legatis* 3. Nec est, quod objiciatur, usumfructum interire, si scyphi conflati fuerint, licet ex massa rursus alii facti sint, *l. qui usumfructum* 30. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Nam cum ususfructus servitus sit, & libertati leges faveant, singularia plura circa usumfructum finiendum probata sunt, quæ ad tollendum proprietatis aut pignoris jus haud porrigenda, ut ex ipso *tit. quib. mod. ususfruct. amitt.* abunde patet. Adde Bachovium *de pignoribus lib.* 5. *cap.* 12. Observandum tamen, liberum haud esse debitori sine consensu creditoris aut domum pignoratam destruere, aut formam rei pignoratæ mutare, quoties illa destructio aut mutatio deteriorem creditorem redderet pignoris causam ac persecutionem, adeo ut ex jure intercedat creditor, ne quid tale fiat, aut si factum sit, ad id quod interest agere possit, arg. *leg. si rem alienam* 9. *pr. ff. de pignorat. act. leg. qui occidit* 30. §. 1. *ff. ad leg. Aquil. leg. creditori* 87. *ff. de furtis.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 13. *art.* 41. Charondas *Responses du Droit François lib.* 11. *resp.* 19.

15. Quod si creditor prior consenserit in id, ut alteri creditori res eadem obligetur, priori quidem non in universum perit suum pignoris jus nisi id nominatim actum fuerit, sic ut hæc facti magis quam juris quæstio sit; sed tamen id eo consensu efficitur, ut consentiens postponendus sit ei, in cujus gratiam consensit, ac per consequens aliis quoque hunc novissimum hypothecarium antecedentibus, adeoque si primus rem quarto obligari concesserit, non quarto tantum, sed & secundo ac tertio creditori cedet. Non enim ea ratione quartus succedit in locum primi, nec quartus ante omnes in pignore potior fit, sed magis amoto primo consentiente secundus efficitur primus, quartus tertio loco venit, ipse primus loco quarto, *l. creditor* 12. §. *si secum* 4. *ff. qui pot. in pignore*, *l. Paulus respondit* 12. *ff. h. t.*

16. Resoluto autem jure pignoris quod semel ab initio jure constit vel postea firmatum fuit, creditor illud adhuc retinere potest pro alio debito chirographario, si modo ipse debitor, non alius creditor hypothecarius, pignus repetat, *l. unic. C. etiam ob chirographariam pecun. pign. teneri posse.* Non tamen pro debiti chirographarii usuris, tum, quia jura nova strictam recipiunt interpretationem, tum quia ne pro hypothecarii quidem debiti usuris retentio pignoris permissa est, si in eas pignus obligatum non fuerit, *l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act.* Confer DD. *ad d. l. unic.*

LIBER VIGESIMUS PRIMUS.

TITULUS PRIMUS.

De Ædilitio Edicto, & Redhibitione, & quanti minoris.

SUMMARIA.

1. *Quotuplices Ædiles fuerint? Emtores monendi de vitiis aut morbis rerum vendendarum & de natione servorum, aut ipsi de his stipulari debent. Quid juris, si fundus pestilens sit venditus? Vel sola jugera fertilia, quæ tamen a quibusdam sterilibus haud erant separanda? An teneatur qui servitutem fundi aut tributum celavit sciens aut ignorans?*

2. *Quid morbi, vitii jumentorum veniat appellatione?*
3. *Actio reabibitoria & quanti minoris datur ex reticentia; qua etiam est, si quis insidiose obscure loquatur, non item si rebus ipsis & factis venditor moneat. Datur & ex dicto promissove. Qualia dicta, & quo usque, praestanda sint a venditore? An & dicta commendandi ac jactantiae gratia?*
4. *Quibus detur redbibitoria, contra quos, ob quae vitia rei principalis aut accessoria? Quid juris, si plures res sint venditae, vel paria jumentorum, & res unis vitiosa sit? Quales impensas emtor praeter pretium recuperet, quae vicissim venditori reddat? Quid si rem interim pignori obligaverit?*
5. *Quid sit actio quanti minoris? Quo modo facienda aestimatio, si res plures non pretio vendita? Quid moribus?*
6. *Intra quae tempora agendum sit redbibitoria & quanti minoris actione? Redbibitoria semel tantum, at quanti minoris actione saepius agi potest. An redbibitoria intentata consumat actionem quanti minoris, & vice versa?*
7. *Quo modo agendum redbibitoria aut quanti minoris, si plures emtores vel venditores, vel plures unius emtoris aut venditoris heredes sint?*
8. *Non dantur hae actiones pendente venditionis conditione. Nec propter leve vitium. An propter vitia post venditionem supervenientia, & quis de eo judicet, an emtione recentiora sint? An propter vitia animi, aut vitia patentia?*
9. *Cessant, si emtor sciverit vitia, ubi de scientia domini & procuratoris aut servi? An praesumatur emtor scivisse, si artifex sit?*
10. *An venditoris scientia vel ignorantia spectetur? Quid si venditor generaliter pactus sit, ne de vitiis morbisve teneatur? Quid si, ne de certo vitio teneatur?*
11. *Recensentur casus alii, quibus cessant. Ubi de vitio sanato, servo vitioso manumisso, pretio per emtorem post vitium compertum soluto. An in donatione & locatione locum babeant? & quando ob vitia moribus agi possit?*
12. *De actione in factum ob puerum servum castratum; & ob id quod quis canem, verrem &c. ibi babuit, quo vulgo iter fit, si bae animalia nocuerint. Cur actio de dejectis ob bominem liberum occisum in quinquaginta aureos detur, bac vero in ducentos?*

1. Triplicis generis Ædiles fuere: primo namque duo ex plebe creati, qui aedibus publicis praeessent, in quibus omnia sua scita plebs deferebat, *l. 2. §. itemque 21. ff. de Orig. juris.* Quibus dein alii ex numero patrum additi, qui Curules dicti, quod sellis eburneis curulibus insiderent, uti etiam equis curulibus quadrinalibus majores magistratus vehebantur, quorum Festus meminit. Adde Brissonium *antiquit. lib. 5. cap. 15.* His tandem duos Caesar adjunxit, qui frumento praeessent, Cereales Ædiles a Cerere dicti. Confer Rosinum *Antiquit. Roman. lib. 7. cap. 24. 25.* Ædiles autem inter cetera etiam circa venditiones edictum proposuerunt, jubentes, ut venditores monerent emtorem, latens rei vendendae subesse vitium aut morbum, aut, iis silentibus emtores ipsi stipulentur, nihil vitii morbive subesse, *l. 1. §. 1. ff. h. t. l. si ita quis 31. l. 32. ff. de evictiion.* Quae non in servis tantum ac jumentis, sed & in immobilium, veluti fundorum venditionibus locum habent, *l. 1. l. etiam in fundo 49 ff. h. t.* Unde, si fundus pestilens, in quo scilicet pestibiles & lethiferae herbae nascuntur, distractus sit emtori ignoranti, redhibitionem ob id fieri posse & rescriptum & responsum est, *d. l. etiam in fundo 49. ff. h. t. l. pen. C. h. t. de aedilit. action.* Similiter si agri industria & sumtu exsiccati sic inter socios plures, qui in exsiccationem contulerunt, distributi sint, ut quisque pro numero jugerum bonae notae etiam certam agrorum sterilium partem habeat, & quis in ea regione tantum jugera fertilia vendiderit, quae tamen ab agris inutilibus separari non poterant, emtori liberum foret aut pretium necdum solutum retinere, aut per redhibitoriam ad venditionis contendere resolutionem. Responsa Juriscons. Holl. *par. 1. cons. 202.* Sed &, si tributum aut servitus fundo vendito imposita celata fuerit, redhibitio quidem propterea permissa non est, verum tamen actio quanti minoris datur, *l. quoties 61. ff. h. t.* aut retentio pretii pro rata, si illud necdum solutum sit; quasi contractu ex latere venditoris necdum impleto, arg. *l. aediles etiam 25. §. ult. ff. h. t. l. in venditione 41. ff. de act. empt.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 19 n. 15* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 21. 22.* Responsa Jurisc. Holl. *par. 2. consil. 121.* Dummodo meminerimus, de celata servitute a praedio vendito debita, aut tributo, non aliter venditorem teneri, quam si sciens ista dissimulaverit, *l. 1. §. 1. l. si sterilis 21. §. si praedii 1. l. quaero 39. l. in venditione 41. ff. de act. emti*, aut, cum ignoraret, fundum tamen, uti optimus maximusque est, vendiderit, *l. cum venderet 59. ff. de contrab. emt.* cum ob reliqua rerum vitia latentia etiam ignorans obligetur. Ant. Matthaeus *de auction. lib. 1. cap. 8. n. 26.* Illud in mancipiorum venditione singulare est, quod & de natione cujusque in vendendo pronunciari debuerit, quia plerumque natio servi aut provocabat aut deterrebat emtores. Praesumtum enim fuit, servos quosdam bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est, *l. quod si nolit 31. §. qui mancipia 21. ff. h. t.*

2. Licet autem moribus a vitio differat, uti species a genere, prout id ab Aulo Gellio ex Labeone, & ab Ulpiano ex Sabino observatum est, *l. 1. §. sed sciendum 7. ff. h. t.* Gellius *noctium Attic. lib. 4. cap. 2.* tamen in hoc aedilium edicto idem morbi vitiique jus est; ac probabile eos tollendae tantum dubitationis gratia bis idem de eodem dixisse, *d. l. 1. §. 7. ff. h. t.* Et quamvis jumenta proprie sint, quae dorso domantur seu ministerium praebent, ut equi, asini, muli, elephanti, nec boves veniant jumentorum nomine, quia collo domantur, edictum tamen ad illos quoque & ad reliqua pecora extensum fuit, *l. aediles ajunt 38. §. 1. 4. 5. 6. ff. h. t.*

3. Quod si vitium morbusve subsit, duplex eo nomine prodita est actio, una redhibitoria, altera quanti minoris aestimatoria. Etsi enim ob rerum venditarum vitia ex emto quoque actio detur etiam ad ipsam redhibitionem, *l sciendum 19. §. dictum 2. in fine ff. h. t. l. ex emto 11. §. redhibitionem 3. ff. de actionib. emti;* non tamen ideo aedilitiae hae actiones frustraneae sunt, tum quia saepe pinguiores, praesertim ubi ob contumaciam in duplum dantur, *l. cum autem 23. §. si ser-*

tus l. leg. redhibitoria actio 45. *ff. b. t.* tum quia infrequens non est, ejusdem rei nomine plures actiones concurrere. Utraque etiam post interitum datur, non item post mancipii manumissionem, *l. si hominem* 47. *pr.* & §. 1. *ff. b. t.* Ac praecipue quidem ex reticentia morbi vitiive aut nationis, sed tamen & ex dicto promissove competit, dum venditor affirmavit, virtutes quasdam aut bonitatem aut artificium adesse, quod non ita reperitur; vel ex adverso vitia quaedam abesse dixit, veluti, servum aleatorem non esse, quae tamen adsunt, *l. si quid venditor* 18. *pr.* & §§. *seqq. l.* 19. *pr.* & §§. *seqq. ff. b. t. l. Julianus* 13. §. *si venditor* 4. *ff. de act. emti.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 39. 40. Reticentiae adnumerandum etiam, si quis fallendi causa obscure dissimulet, *l. ea quae commendandi* 43. §. *ult. ff. de contrab. emt.* Caballinus *de aedilit. edicto cap.* 3. *num.* 27. Unde & aedilium edicto cautum, ut omnia, quae monenda sunt, *palam recte pronuncientur. l.* 1. §. 1. *ff. b. t.* Admonuisse ex adverso & ille intelligitur, qui servum vinctum vendidit; quia multo amplius est, id facere, quam pronunciare, *in vinculis fuisse, l. si tamen* 48. §. *ei, qui* 3. *ff. b. t.* Ceterum ex dicto promissove ut teneatur, primo quidem dictum promissumve non amare exigendum est, sed cum quodam temperamento: ut si *constantem* esse affirmaverit, non exacta gravitas & constantia quasi a Philosopho desideretur; si *laboriosum* & *vigilacem* non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur; *si artificem*, non utique perfectum eum ac consummatae scientiae praestare debeat, sed sufficiant, ad aliquem modum haec & similia dicta promissave in servo vendito reperiri, ut neque in artificium indoctus, neque levis, desidiosus, somnolentus, piger, tardus, inveniatur, *leg. si quid venditor* 18. *l. sciendum* 19. §. *illud* 4. *ff. b. t.* Nisi nominatim venditor servum *optimum artificem* asseruisset: tunc enim eum in isto artificii genere optimum praestare obstrictus est, *d. l.* 18. §. *venditor* 1. *ff. b. t.* Eoque pertinet illud Ulpiani, *cum optimum quis stipulatur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis babet, l. ubi autem* 79. §. *usque* 2. *ff. de verb. oblig.* Sed nec alia dicta aut promissa recte emtor exegerit, quam quae sic dicuntur, ut praestentur; non ut jactentur: qualia, quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti, si dixerit, frugi, probum, dicto audientem: multum enim interest, commendandi servi gratia quid dixerit, an vero praestiturum se promiserit, quod dixit, *l. sciendum* 19. *pr. et* §. 1. 2. 3. *ff. b. t. l. ea quae commendandi* 33. *ff. de contrab. emt.* nisi in iis, quae commendandi gratia jactavit venditor, manifestus ejus dolus appareat; tunc enim non ex dicto quidem promissove, sed de dolo tenetur, *leg. quod venditor* 37. *ff. de dolo.* Grotius *manuduct. d. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 39. 40.

4. Redhibitoria actio est personalis, arbitraria, *l. bovem* 45. §. *pen. ff. b. t.* emtori competens, adversus venditorem, & heredem ejus, *l. cum autem* 23. §. *bae actiones* 5. *ff. b. t.* ac dominum institoris, *l. si quis mancipiis* 17. *ff. de institor. act.* & patrem dominumve in cujus potestate est venditor, vel cui bona fide servit, *l. cum autem* 23. §. *si servus* 4. & §. *etsi* 6. *l. si servus* 57. §. 1. *ff. b. t.* nec non fidejussorem venditoris, qui in omnem causam fidejussit, *l. Latinus Largus* 56. *ff. b. t.* ob talem defectum, quem si scivisset emtor, emturus non fuisset, sive deductus sit in re principali, sive in accessionibus, veluti jumenti distracti ornamentis, *l. adiles ajunt* 38. *ff. b. t.* sive in tota re, sive in parte ejus. Unde si duo jumenta sint vendita tanquam paria, & unum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhiberi potest; idemque in triga atque quadriga vendita juris est; uti &, quoties res plures separari nequeunt sine magno incommodo, vel ob rationem pietatis; veluti, ne liberi a parentibus, ne contubernio juncti a se invicem separentur, ac divellantur. Sed si duo paria jumentorum sint, & unum animal vel par unum vitiosum, solum par vitiosum, non item alterum, redhibendum est. Plane, si non sint paria, sed simpliciter duo aut quatuor equi sint venditi, vel polia equorum, dicendum est, solum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere, *l. cum ejusdem* 34. *l.* 35. *l. adiles ajunt* 38. §. *si plura* 12. & §. *ult. l.* 39. *l.* 40. *ff. b. t.* Nec interest, utrum uno pretio res plures emtae sint, an singulae separatim, si modo constet, emtorem unam sine altera non fuisse emturum, *l. cum ejusdem* 34. §. 1 *ff. b. t.* ibique Brunnemannus. Vendit vero id, ut & emtor & venditor quodammodo in integrum restituatur, *l. cum autem* 23. §. *Justinianus* 7. *ff. b. tit.* adeoque venditor pretium restituat cum usuris, *l. illud sciendum* 29. §. *condemnatio* 2. *ff. b. t.* uti & impensas ab emtore ob venditionem factas ex venditoris voluntate, aut ex necessitate, aut in ipsius rei conservationem; non quas sponte & liberaliter emtor fecit, nec alimenta servi venditi, quippe quae cum ministeriis pensanda, *l. adiles etiam* 25. §. *item* 8. *l. debet autem* 27. *l. illud sciendum* 29. §. *ult. l.* 30. §. 1. *ff. b. t.* Mevius *ad jus Lubec. libr.* 3. *tit.* 6. *art.* 15. *num.* 10. 11. Praeterea de impensis imminentibus emtori caveat, *l. redhibere* 21. §. 1. & 2. *item si* 30. *pr. ff. b. t.* Sed & vicissim constat, venditori quoque restituendam esse ab emtore rem cum fructibus; & omni utilitate, quam emtor percepit, aut culpa neglexit percipere, sive venditor id, quod emtor acquisivit, percepturus fuisset, casu quo non vendidisset, sive non; usque adeo, ut & illud venditori reddendum sit, quod is emtori ob rem tardius traditam praestare coactus fuit, *l. cum autem* 23. §. *jubent* 1. & §. *ult. l.* 24. *ff. b. t.* Quod si rem medio tempore emtor obligaverit, ipso jure per redhibitionem pignoris nexus non dissolvitur, sed emtoria est rem luere & ita liberam restituere, *l. bovem* 43. §. *pignus* 8. *ff. b. t.* adde *tit. quib. mod. pign. vel byp. solvit. n.* 9. &, si servus redhibendus in fuga sit sine culpa emtoris, cautio praestanda de servo persequendo, qui in fuga est, ac restituendo, si in emtoris potestatem redactus sit, *l. redhibere* 21. §. *ult. l.* 12. *ff. b. t.* denique praestare tenetur emtor id omne, in quo res per culpam emtoris deterior facta est, *l. cum autem* 23. *ff. b. t.*

5. Quanti minoris actio, itidem arbitraria, emtori datur contra venditorem, praecipue ob defectum, quem si scivisset, tanti non fuisset emturus; ad id, ut restituatur ex pretio, quanti minoris valet res, *l. quoties* 61. *ff. b. t.* Quem in finem facienda rei aestimatio, adeo ut, si plures simul res uno pretio emtae sint, tam non vitiosarum quam vitiosarum bonitas aestimanda sit, indeque colligendum, quantum oporteat ex pretio reddi. Secus, si non confuse universis rebus pretium constitutum fuerit, sed rerum singularum definito valore universae deinceps tanti venierint, quantum ex consummatione singularum fiebat, *l. si plura* 36. *l. adiles ajunt* 38. §. *si forte* 13. *l. Labeo*

scribit 64. *ff. h. t.* Vult tamen Grotius, eo casu, quo non in universum impeditus, sed tantum minor est usus rei ex morbo vitiove, electionem emtoris esse, utrum a tota venditione resilire velit re reddita, an eadem retenta partem pretii, quanti minoris res valet, repetere, *manud. ad jurispr. Holl. l.* 3. *cap.* 15. *n.* 33. 34.

6. Ceterum inter redhibitoriam & quanti minoris actionem illud interest, quod redhibitoria intra sex menses regulariter instituenda sit, nisi aliud tempus conventione definitum appareat; vel justa causa aliud suadeat, *l. sciendum* 19. *§. ult. l. quod si nolit* 31. *§. si quid ita* 22. 23. *l. ædiles* 38. *ff. h. t.* aut nisi venditor de iis, quæ ædilium edicto comprehensa sunt, non caverit, qualia sunt, *sanum esse, vespilionem non esse, furem non esse, esse (id est edere) & bibere ut oportet, l. ex emto* 11. *§. animalium* 4. *ff. de act. emti, l. si ita quis* 31. *ff. de eviction.* junct. *l.* 38. *ff. h. t.* vel tantum subsit vitium in accessionibus; quæ etiam æque ac res principales, integræ ac sanæ præstandæ sunt, *l. itaque* 32. *l.* 33. *ff. h. t.* quippe quibus in casibus intra menses duos agendum foret, *l. si venditor* 28. *l. ædiles ajunt* 38. *ff. h. t.* At quanti minoris actioni anni spatium ab ædilibus vulgo præscriptum fuit illis in casibus, quibus redhibitoriam semestrem fecerant; sex vero menses toties, quoties redhibitoria diebus sexaginta circumscripta erat, *d. l.* 19. *§. ult. l.* 28. *l.* 38. *ff. h. t. l. cum proponas* 2. *C. h. t.* Curruntque hæc tempora ex die venditionis, aut, si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve fuit, *d. l.* 19. *§. ult. l.* 20. *ff. h. t.* In Gallia tamen novem tantum dies redhibitoriæ actioni movendæ datos esse, post alios tradit Groenewegen *ad l.* 19. *&* 38. *ff. h. t.* quod de nostris moribus haud admittendum, sed magis anni spatium, aut tempus jure civili statutum. Vide Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 30. *& seqq.* & *cap.* 17. *num.* 6. Sed & secundo, redhibitoria tantum semel agi potest, cum semel tantum, non sæpius, idem possit contractus resolvi, ut tamen is, qui ob unum vitium redhibitoria egit, nec obtinuit, postea ob aliud ejusdem rei vitium agere redhibitoria prohibendus non sit, arg. *l. si tamen* 48. *§. pen. ff. h. t.* At quanti minoris actionis sæpius emtor efficaciter experiri potest, modo ne sæpius agendo lucrum captet, & bis ejusdem rei æstimationem consequatur, *l. quod si nolit* 31. *§. si quis egerit* 16. *ff. h. t.* Plane, si una ex his emtor intra sex menses egerit, altera agere amplius non potest, exceptione rei judicatæ repellendus, *l. si is, qui* 25. *§. est in* 1. *ff. de except. rei judicatæ.* Nec obstat *l. bovem* 43. *§. aliquando* 6. *ff. h. t.* cum illic post actionem quanti minoris æstimatoriam non moveatur redhibitoria, sed per actionem quanti minoris emtor, interveniente officio judicis, consequatur effectum actionis redhibitoriæ, ut nempe reddito mancipio vendito pretium recipiatur, quia ob vitium emergens adeo nullius habetur pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium habere; atque ita verum est, quod in *d. l.* 23. *§.* 1. *ff. de exceptione rei judic.* a Juliano scriptum, in actione quanti minoris etiam redhibitionem contineri, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Minus adversatur, *l. si tamen* 48. *§. non nocebit* 2. *ff. h. t.* Non enim illic actio redhibitoria intentata fuerat, sed emtor solo sex mensium lapsu a *redhibitoria* exclusus, intra annum quanti minoris æstimatoria agere volens admittendus dicitur.

7. Si plures emtoris unius heredes vel domini sint, omnes redhibere debent, nec unus eorum audiendus est, pro sua tantum parte redhibere desiderans; ne venditor invitus adigatur ad communionem, quod jura non sinunt, *l. quod si nolit* 31. *§. si plures* 3. *ff. h. t.* junct. *l. si non sortem* 26. *§. si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. ult. C. communi divid.* Idemque est, si plures ejusdem rei emtores sint; nisi singulis partes distinctæ essent venditæ; tunc enim singuli suam, quam emerunt, partem recte redhibent, cum ita non ad novam quandam communionem adigatur venditor, sed magis ad eam reducatur, in quam sese, partes suæ rei distinctas singulis vendendo, sponte conjecerat, *d. l.* 31. *§. si venditori* 10. *ff. h. t.* vel nisi res vendita jam extincta sit, aut jam tota sit redhibita; in quantum tunc singulos pro suis portionibus ad pretii restitutionem redhibitoria agere, nihil vetat; cum ita nulla communio introducatur, *d. l.* 31. *§. idem ait* 6. *ff. h. t.* Unde & eandem ob causam ex pluribus emtoribus singuli possunt pro sua parte quanti minoris actionem movere ad pretium pro rata recuperandum, licet non partes singulæ singulis, sed tota res communiter uno pretio pluribus distracta sit, arg. *d. l.* 31. *§.* 6. Quod si plures rem eandem vendiderint, sive communiter uno pretio; sive per partes, vel uni venditori heredes extiterint, singulis sua pars recte redhibetur; eo quod tunc non de novo introducitur communio, sed ea sola reducitur, quæ ante venditionem jam fuerat inter plures ejusdem rei dominos; vel venditione non interposita fuisset inter plures venditoris unius heredes, *d. l.* 31. *§. si venditori* 10. *ff. h. t.* Quamvis & uni ex pluribus venditoribus, qui majore ex parte dominus fuit; vel quo majorem partem nullus habuit, res in solidum redhiberi ex jure Romano potuerit, *l. justissime* 44. *§.* 1. *ff. h. t.* quod tamen hodie non servari, sed singulos pro sua tantum parte conveniendos esse, vult Groenewegen ad *d. l.* 44. *§.* 1.

8. Ut autem his actionibus locus sit, ante omnia necesse est, ut venditionis conditio, si quæ adiecta jam extiterit; quia imperfecta emtio arbitrio judicis perfecta fieri non potest; & ideo, si ex emto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione iterum agi poterit, *l. bovem* 45. *§. si sub* 9. *ff. h. t.* Deinde requiritur, ut vitium morbusve, aut saltem causa ejus, venditionem antecesserit; cum posteriores casus ex vulgata emtionis natura non venditoris sed emtoris periculo sint; nisi venditor non vitiosam in futurum fore rem temere promiserit; quippe quo casu promissi fidem, utcunque hoc impossibile esse videatur, servandam esse, rescriptum fuit *l. si apud* 3. *C. de ædilit. act.* Præcessisse vero vitium tunc præsumendum est, cum brevi post venditionem apparuit: qua in re peritorum judicio multum tribuendum est. Sed & morborum vitiorumve gravius subesse oportet, quod usum ministeriumque rei impediat: neque enim quodlibet quam levissimum efficere potest, ut, quod venditum est, morbosum vitiosumve habeatur; non levis febricula, aut vetus quartana, quæ tamen jam sperni potest, aut vulnusculum modicum, aut mediocre ulcus, aut levis oculorum lippitudo, vel dentis auriculæve dolor, *l.* 1. *§. proinde* 8. *l. ob quæ vitia* 4. *§. ult. ff. h. t.* Corporis quoque, non item animi solius vitium, edicto ædilium locum fecit, unde nec aleatores, nec vi-

narios, nec gulosos, nec impostores, nec mendaces, nec litigiosos, nec pigros, nec præter modum timidos, cupidos, avaros, melancholicos, protervos, nec jumenta pavida aut calcitrosa, edicto ædilium contineri, apertum est ex *l.* 1. *§. apud* 9. & *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *pr.* & *§§. seqq. l. quæritur* 14. *§. item de eo* 4. *ff. b. t.* licet de hisce animi vitiis emtori actio competat *d. l.* 4. *pr. ff. b. t.* cujus etiam actionis intuitu accipiendum est, quod Paulus scripsit, vitiosum plerisque dici bovem, qui cornu petit, ac jumenta, quæ sine causa turbantur, & semet ipsa eripiunt, *l. bovem* 43. *ff. b. t.* Plane, si de animi solius vitiis a venditore quid dictum promissumve fuerit; vel servus venditus erro aut fugitivus sit; vel animi vitium etiam ad corpus pertingat, atque ita corporis & animi mixtum vitium videatur, dum adeo fatuum aut morionem venditor distraxit, ut nullum in eo usum emtor habeat, ædilitiæ actiones admissæ sunt, *d. l.* 4. *§. idem Pomponius* 3. & 4 *ff. b. t.* Adhæc latens oportet esse vitium, ut emtor probabiliter illud subesse ignoraverit: unde ob id, quod servus venditus gibbosus fuit, vel curvus, vel pruriginosus, vel scabiosus, vel mutus & surdus, vel cæcus, redhibitionem esse negat cum Viviano Ulpianus, ex emto dat actionem, *d. l.* 3. *l.* 4. *pr. l. quæritur* 14 *§. ult. ff. b. t.* & respectu hujus actionis ex emto rursus verum est, quod ab eodem Ulpiano aliisque traditum, sanum non esse, cui lingua præcisa, aut digiti amputati, quive aliter mutus est, *l. si cui lingua* 8. *l.* 9. *l.* 10. *pr.* & *§.* 1. *ff. b. t.* suggerente id ipsum satis aperte Ulpiano, in *d. l.* 10. *§.* 1. *in fine*, cum ait, tales morbosos esse secundum *suprascriptam distinctionem*, quæ erat secundum *l.* 4. *pr.* quod ob ea vitia redhibitio non esset, ex emto actio esset, utraque certe lex & Ulpiani est, & ex libro primo ad edictum ædilium curulium deprompta, ut inscriptio utriusque docet.

9. Observandum tamen, variis ex causis variisque in casibus has ædilitias actiones denegari; præcipue eas excludit scientia emtoris, sive ille verbis apertis aut rebus ipsis, & factis a venditore monitus fuerit, secundum antedicta, sive aliunde cognoverit ante venditionem, rem vitio latente laborare, *l. si tamen.* 48. *§. ei, qui* 3. & 4. *ff. b. t.* Quid juris sit circa servi & domini scientiam aut ignorantiam, si servus vel ex mandato domini rem certam emerit, vel sine domini mandato rem emerit vitiosam suo vel domini nomine, vel denique mandatum domini de re incerta emenda intercesserit; quid itidem circa procuratoris & domini mandantis scientiam aut ignorantiam statuendum sit, vide plenius tractatum a Cujacio *tract.* 8. *ad Africanum*, *ad l.* 51. *ff. b. t.* Adde Bachovium *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 3. *lit.* C. Scientiæ autem emtoris simile habendum, si emtor artifex fuerit, & secundum artis suæ præcepta scire facile potuerit atque debuerit vitium, quod subest, Mævius ad *jus Lubec. lib.* 3. *t.* 6. *art.* 15. *n.* 6. & *seqq.*

10. Venditoris scientiam, aut ignorantiam quod attinet, ea quantum ad has actiones non considerantur, dum placuit, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quæ ædiles præstari jubent; tamen teneri debere (si modo excipias servitutem celatam secundum ea, quæ supra *num.* 1. notata) quia non interest emtoris, an ignorantia venditoris fallatur, an calliditate, *lib.* 1. *§. causa* 2. *ff. b. t.* Quamvis venditor, qui vitium scivit, insuper ad damni totius, quod emtori ex vitiosa re illatum est, reparationem teneatur; ad quam non est obligatus, qui ignoravit, nisi fuerit artifex, *l.* 1. *C. b. t.* arg. *l. Julianus* 13. *ff. de act. emti*, *l. sed addes* 19. *§. si quis dolia* 1. *ff. locati.* Mynsingerus *cent.* 1. *ob serv.* 56. *in fine.* Ant. Faber *Cod. l.* 4. *tit.* 33. *defin.* 1. Mævius ad *jus Lubec. l.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *n.* 11. & *seqq.* De cetero venditorem, qui vitium scivit, non excusabit, quod tempore venditionis generaliter pactus fuerit, ac protestatus, se rem vendere, qualis est, nec de vitiis ejus morbisve velle teneri; eo quod generali illa formula callide atque insidiose obscure locutus videtur; qualem omnino teneri patet arg. *l. ea qua* 43. *§. ult. ff. de contrab. emt.* Ant. Faber *d. lib.* 4. *tit.* 33. *defin.* 1. *num.* 4. 5. Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 49. Quin imo, si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, & de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum quidem est eo quod convenit, si venditor morbi istius certam scientiam non habuerit, quia remittentibus actiones suas non est regressus dandus; sed si sciens morbum, consulto reticuerit, dandam esse de dolo replicationem, Ulpianus tradit *l. quæritur* 14. *§. pen. ff. b. tit. l. tenetur* 6. *§. ult. l. quæro* 19. *ff. de action. emti*, Mævius *ad Jus Lubec. lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *n.* 14.-15.

11. Cessant præterea hæ actiones, si vitium ita sanatum fuerit, ut perinde habendum sit, ac si nunquam vitium adfuisset, *l. quod ita* 16. *ff. b. t.* Tiraquellus in *tractatu, cessante causa cessat effectus n.* 229. 230. Hippolitus Bonacossa *tractatu de quo seu caballo quæst.* 444. si emtor servum manumiserit, aut rem emtam sua suorumve culpa amiserit, *l. si hominem* 47. *ff. b. t.* arg. *l. redhibere* 21. *§. ult. ff. b. t.* Si emtor, postquam rescivit vitium rei, pretium nihilominus sponte solverit, arg. *l. sum te non* 2. *Cod. de his quæ vi metusve causa*, Hippolitus Bonacossa *tractatu, de equo seu caballo quæst.* 271. Caballinus *de ædilit. edict. c.* 2. (*vel* 3.) *n.* 11. si, cum agere cœpisset pœnitentia ductus retinere rem vitio non obstante, velit, *l. si tamen* 48. *§. audiendus* 1. *ff. b. t.* si executores, aut creditores, aut bonorum curatores auctione publica rem distraxerint, ignari eam vitio laborare (secus si ipse dominus ex libera voluntate) Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 24. 25. si venditio fiscalis fuerit, id est, si fiscus rem suam vendat: contra, quam obtinet, si respublica aut pupillus aut civitas rerum vitiosarum distractionem fecerit, *l.* 1. *§. illud* 3. 4. 5. *ff. b. t.* Non etiam locum habent in venditione rerum simplariarum, id est, viliorum, quarum nomine non in duplum sed in simplum tantum de evictione cavendum fuit, *l. si tamen* 48. *§. ult. ff. b. t.* junct. *l. emtori duplam.* 37. *§.* 1. *ff. de evictíon.* nec in donationibus, adeo ut ne de impensis quidem in rem donatam per donatarium factis donator teneatur, ne liberalitatis suæ pœnam subeat, nisi in dolo sit, *l. ad res donatas* 62. *ff. b. t.* arg. *Aristo ait* 18. *§. ult. ff. de donat.* Sed nec in locationibus; idque vel quia nunquam ædilium hac de re jurisdictio fuit, vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt, *l. sciendum est* 63. *ff. b. t.*, id est quia non ita in locationibus de transferenda rei proprietate agitur; atque quidem in venditionibus, &, quæ venditioni hic similes, *l. sciendum tamen* 19. *§. deinde* 5. *ff. b. t.*) permutationibus, nec tanta læsio esse potest propter vitium rei in mercede locationis, pro usu, quanta quidem in pretio re-

rum in emtione; ut proinde locati conducti actionem huic rei sufficere visum fuerit. Nec adversatur *l.* 33. *C. de locato*, qua inter alia motus Cujacius, etiam ad locationes edictum ædilitium censuit porrigendum *lib.* 12. *observ.* 38. cum lex illa simpliciter de anni spatio loquatur, dum redhibitoria intra sex menses movenda est; nec ullam morbi vitiive mentionem habeat, atque insuper locatori æque ac conductori accommodetur; quod non patitur natura ædilitiarum actionum, per quas emtoribus tantum adversus venditorum fallacias succursum dicitur, *l.* 1. *§.* 2. *ff. h. t.* Denique, quamvis ex jure Romano plurima propter vitia servorum, jumentorum, ceterorumque animalium redhibitoriæ & quanti minoris actiones emtori permissæ fuerint, quæ vitia, tum sufficientia, tum ex adverso haud sufficientia, enarravit longa serie Justus Meyerus in *Collegio Argentorat. ad hunc tit. n.* 11. *& seqq. usque ad num.* 19. nostris tamen moribus difficilius hæ admittuntur: etenim in equis regulariter ob duo tantum vitia, cæcitatem latentem in oculis, & super ossa in pedibus, quæ *Spatten en Gallen* dicuntur, redhibitioni locum esse, vult Leeuwen *cent. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *num.* 16. quæ continentur formula, quod equus præstandus sit *Klaar van Setten* nempe duobus oculis & quatuor pedibus. Sed & ob vitium latens vermium in pedibus redhibitionem fieri posse, responsum est in *part.* 3. *vol.* 2. *consil. Holl.* 107. Quin imo, si equus brevi post venditionem moriatur, & latens intestinorum vitium inveteratum ex sectione appareat, quod morti causam præbuit ex peritorum judicio, non dubitandum videtur, quin ad pretii restitutionem venditor damnari debeat, Mævius *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *num.* 5. *& seqq.* Perezius *C. h. t. num.* 4. De cetero ob id, quod equus lunaticus, aut retrogradus, aut pavidus, aut calcitrosus probatur, redhibitionem hodie non admitti, usus docet, & testis est Leeuwen *d. loco*, qui & *sequenti n.* 17. de animalium mactilium tum boum & ovium tum porcorum vitiis morbisve, judicio peritorum artis, & huic negotio publice præpositorum, æstimandis ac dignoscendis, vulgoque notis, agit.

12. Est insuper actio alia ex ædilitio edicto adversus eos, qui puerum servum castrarunt, in quadruplum, *l. si servus servum* 27. *§. & si puerum* 28. *ff. ad leg. Aquil.* Est & alia in factum in eos, qui canem, verrem, aprum, ursum, leonem aut aliud simile animal ibi habent, qua vulgo iter fit, ad ducentos aureos, si liber homo perierit, sin ei nocitum sit, quanti judici æquum videbitur; in duplum vero damni dati, si rebus ceteris æstimabilibus læsio illata sit, *l. hi enim* 40. *& ll. seqq. ff. h. t.* Quam tamen dupli pœnam moribus cessare, nec ultra æstimationem læsionis ad id quod interest ascendere condemnationem, notat Groenewegen ad *§. ceterum* 1. *Inst. si quadrupes paup. fecisse dicatur.* Quod autem edicto prætoris de dejectis & effusis ob hominem liberum occisum actio tantum ad quinquaginta aureos comparata fuerit, *l.* 1. *ff. de his qui effud. vel dejecerint*, ex hoc vero ædilium edicto ad aureos ducentos, ejus hanc non inepte rationem dixeris, quod gravius delinquit, qui ferum animal, cujus ea natura est ut noceat, habet ibi qua vulgo iter fit; minus, qui hominem negligentiorem, non ita nocere solitum, intra suas ædes recipit: quodque ædilibus principaliter & jure singulari, non ita ex professo prætoribus, viarum cura demandata fuit, unde nec mirum, si ædiles rigidius quam quidem prætores, executi fuerint ea, quæ contra viæ publicæ committebantur securitatem.

TITULUS II.

De evictionibus & duplæ stipulatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit evictio, & quibus modis fiat, ut de evictione actio non nascatur?*
2. *An & per retractum legalem aut conventionalem?*
3. *Quando pro evictione fidejussoribus datis cavendum sit? Si non ex lege municipali aut pacto fidejussor datus sit, sed tantum ob id, quod in limine contractus immineat evictio, fidejussor non tenetur in omnes casus evictionis, sed tantum in eum qui imminebat.*
4. *Cujus loci lex sit spectanda in quæstione, an fidejussor pro evictione mobilium aut immobilium dari debeat? Cujus loci seu territorii fidejussor dandus sit? Et quid, si auctor fidejussorem invenire nequeat?*
5. *In quibus negotiis evictionis præstatio locum habeat? ubi de emtione. Quid si fiscus aut Princeps vendiderit? Quid, si evictæ sint res ex decreto judicis solemniter distractæ? Et an creditor teneatur de evictione pignoris a se venditi?*
6. *Quid juris circa præstationem evictionis, si res jure belli captæ per fiscum sint venditæ, ac postea per pacis conditiones ad dominos pristinos redeant?*
7. *An evictio præstanda in datione in solutum?*
8. *An in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ &c.*
9. *An in locatione?*
10. *An in transactione?*
11. *An in dote?*
12. *An in legatis?*
13. *An in donatione?*
14. *An in feudi aut emphyteuticos concessione?*
15. *Etiam ob partis evictionem agi potest, modo pars sit homogenea, non heterogenea.*
16. *Parti homogeneæ comparatur jus ususfructus, pignoris, superficiei evictum. An & jus servitutis prædialis? An & accessiones rei? & quid moribus?*
17. *Qui agere possint de evictione? qui conveniri? An heredes ac fidejussores? an in perpetuum teneatur, qui cavit*, dat het goet sal waren en vrijen Jaar en Dag?
18. *Si plures sint venditores vel unius venditoris heredes, an singuli in solidum teneantur defendere, & an re evicta, singuli in solidum obligentur emtori?*
19. *An teneantur executores litium, procuratores, tutores, curatores? An, qui consenserunt in venditionem? An moribus uxor, si maritus rem alienam, vel rem uxoris suæ contra statuti prohibitionem vendiderit?*
20. *Denunciandum auctori, litem motam esse. Quo modo tunc auctor possit emtorem in lite juvare? Quid juris, si non defendat?*
21. *An denunciatio recte fiat procuratori auctoris? An pupillo sine tutore? An singulis, si plures aucto-*

res vel heredes? An auctori primo per emtorem secundum? An fidejussori? An domino servi vendentis?

22. *An denunciandum auctori scienti? An in causa notorie injusta? An emtor regressum habeat, si omissa denunciatione victus, ipse doceat causam auctoris injustam fuisse?*

23. *An denunciatio fieri post litem contestatam? An post appellationem?*

24. *Quid, si pacto sit remissa nunciatio? Quid si auctor insiliaverit, an fiat?*

25. *Quid recuperet agens de evictione per actionem ex emto aut similem? An & impensas in rem factas? An & impensas in litem? An & tunc, cum emtor non vincitur, sed vincit?*

26. *Si post venditionem decrevit pretium rei venditæ, an ob id tanto minus emtor evictionis nomine consequatur?*

27. *Evicta actione vendita, an emtor tantum pretium, quod dedit, an totam quantitatem actione comprehensam recuperet?*

28. *Iure civili etiam erat actio ex stipulatu, in simplum vel duplum vel quadruplum. Quid moribus?*

29. *Durant actiones de evictione triginta annis. An auctor evitet has actiones, si rem evictam postea offerat emtori?*

30. *Recensentur multi casus, quibus cessat evictionis præstatio.*

31. *An & quo usque teneatur de evictione, qui tantum vendidit* incertum juris sui; *uti &, qui specia iter pactus est ne teneatur de evictione?*

32. *An is, qui sciens emit rem alienam, nec sibi de evictione caveri curavit, pretium repetere possit?*

33. *An ob id agi possit, quod fundus venditus postea publicatus est?*

34. *An & quando emtor de evictione agere possit, si casu res apud emtorem perierit?*

35. *Quid juris, si ex pluribus rebus uno pretio venditis una evincatur, & cetera adhuc tanti valeant, quantum pretii nomine datum? Quid si pars fundi evincatur, & pars non evicta habeat adhuc quantitatem venditione expressam?*

1. CUm in solius domini potestate regulariter sit, rei suæ dominium in alium transferre, nec quisquam possit alium rei dominum efficere, qui ipse prius dominium rei nactus non est, *l. nemo plus juris* 59. *de reg. jur.* sæpe fit, ut auctoritate publica judicis evincantur, quæ per non dominos nullo jure alienatæ aut oneratæ sunt. Et quamvis negari nequeat quin & illis, qui sine ullo justo titulo rem adepti sunt, ea evincatur, dum forte adversus fures, prædones & similes rerum alienarum possessores rei vindicatio per dominum instituitur; tamen in hoc titulo, in quo de evictione præstatione & actionibus eo nomine competentibus tractatur, evictio est *rei nostræ, quam adversarius justo titulo acquisivit, per judicem facta recuperatio*, arg. *l. non tamen* 24. *ff. h. t.* ac non modo per vindicationem contingit, sed & per hereditatis petitionem, actionem noxalem, aut præjudicialem de libertate; cum ex omnibus hisce causis emtori non liceat rem habere, *l. venditor* 2. *pr. ff. de hered. vel act. vend. l. evicta re* 16. §. 1. *l. sed hoc* 26. *l. si mancipium* 34. §. *ult. l. minor.* 39. §. *pater* 3. & 4. *ff. h. t. l. si a substituto* 45. §. 1. *ff. de legatis* 1. *l. si post* 24. *C. h. t.* Idemque est, si emtor judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo ad rei in solidum emtæ divisionem aut adjudicationem subeundam compulsus sit, *l. si mancipium* 34. §. 1. *ff. h. t.* vel ad litis æstimationem damnatus, aut cum rem vindicaret, a possessore judicio superatus fuerit, *l. evicta re* 16. §. *dupla* 1. *l. si servus* 21. §. *& ideo* 2. *ff. h. t.* vel ei per hypothecariam actionem victo, quia pignus non luebatur, possessio ablata fuerit. *l. si prædium* 4. *l. cum tibi* 22. *C. h. t. l. si mancipium* 34. §. *ult. l.* 35. *l. rem hereditariam* 65. *ff. h. t.* vel si, cum minor rem initio, Titius deinde Mævio vendidisset, minor adversus Mævium quoque restitutus sit, tanquam venditione prima læsus, *l. minor* 39. *ff. h. t. l.* 1. *C. de fidejuss. minor.* vel major ex justa causa restitutionem obtinuerit, *l. si, cum venditor* 19. §. *si is* 1. *ff. h. t.* Denique generaliter, si quocunque judicii genere effectum sit, quo minus emtori rem habere liceat, ac ejus recuperandæ spes omnis præcisa appareat, *l. si mancipium* 34. §. 1. junct. *l.* 35. *ff. h. t.*

2. Non tamen evictio, quæ per auctorem præstanda foret, intelligi debet intervenisse, si retractu legali res per agnatos venditoris aliosque similes ablata sit, cum illud culpæ venditoris adscribi nequeat, quippe qui non alienam, sed propriam rem jure vendidit, sed magis casui ex legis dispositione propter emtoris ipsius qualitatem, quod scilicet ille non cognatus sed extraneus sit; quæ aut scivit, aut scire potuit atque debuit emtor: unde & retractum patiens tantum pretium recuperat, ut pluribus in materia retractus dictum, non item omne id quod interest, perinde ut illi, qui scienter emerunt alienum. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *glos.* 9. *n.* 34. Mangilius *de evictionibus cap.* 134. *n.* 1. *et seqq.* Caballinus *de eviction.* §. 3. *num.* 167. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 40. *in fin.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 12. Perezius *Cod. h. t. num.* 8. Longe minus ad evictionis præstationem pertinebit, si conventionalis retractus circa rem venditam jam ante in pactionem deductus sit; cum pactum de retrovendendo aliudve simile rem non afficiat, nec ea penes tertium existens avocari ab eo possit, sed tantum personalis actio adversus paciscentem ac pacto non stantem, comparata sit; nisi secundum jus civile venditor pactus sit, ut oblato pretio res sit inemta, vel rem suam recuperet, arg. *l. si, cum venderes* 13. *ff. de pignorat. act. l. commissoria* 4. *C. de pactis inter emt. et vend.* aut nisi in ipso solemni actu traditionis secundum mores pactio coram lege loci facta & ita traditionis instrumento inserta esset; ut dictum *tit. de contrab. emt. n.* 16.

3. Evictionis hujus metuendæ intuitu per auctorem, a quo scilicet res ad alium justo titulo transfertur, cautio præstanda est; regulariter quidem nuda repromissione secundum jus Romanum, quandoque tamen satisdatione, quoties scilicet id nominatim actum est, vel in limine contractus imminet evictio, *l. emtori, duplam* 37. *pr. l. ei dictum* 56. *ff. h. t. l. si post* 24. *C. h. t. l. pen.* §. 1. *de peric. & comm. rei vend.* Jacobus Coren *consil.* 3. *in notis.* Mangilius *de evictionibus quæst.* 85. *num.* 1. *& seqq.* vel statutum nominatim omnibus auctoribus satisdationem datis fidejussoribus de evictione præstandam imponit, uti id quibusdam in locis obtinet immobilium intuitu, testante Hugone Grotio *in manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 13. Simone van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 4.

cap 19. *n.* 15. Jacobo Coren *d. consil.* 3. Multum interim refert, utrum ex pacto vel lege fidejussor dandus sit, an, quia in limine contractus evictio imminet; ubi enim ex pacto venditioni adjecto fidem suam pro evictione fidejussor interposuit, in omnes omnino evictionis casus quacunque ex causa contingentes obstrictus est. At cum ob id tantum fidejussor intervenit, quod in limine contractus evictio imminebat ex hac vel illa certa ac speciali causa, ne alias emtor opposita doli exceptione pretii solutionem declinet, (ut potest juxta *l. pen.* §. 1. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. ex bis prædiis* 5. *C. b. t.* Jac. Coren *consil.* 15. *num.* 18. *& seqq.*) magis est, ut tantum in ipsam illam specialem evictionis causam, non item in alias tunc ignotas, de quibus ne cogitatum quidem est, videri possit. fidejussor devinctus esse. Cum enim causa satisdationis interponendæ specialis tantum sit, lis scilicet illa, quæ jam cœpta moveri, qua non posita, repromissione potuisset auctor defungi ex jure communi, consequens est limitatam causam etiam limitatum tantum ad illam causam, & non generalem effectum producere, ut post alios Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *decis.* 9.

4. Quoties autem de eo quæritur, an pro evictione dandus sit fidejussor, nec ne, spectanda videtur non mobilium tantum, sed & immobilium intuitu lex loci illius, in quo contractus celebratus est, licet in loco situs rerum immobilium aliud statutis cautum esset, *l. si fundus* 6. *ff. b. t.* Jacobus Coren *consil.* 3. *n.* 1. 2. Cujus ea ratio est, quod de evictione cautio ad solemnia, aut saltem ad accidentia contractus & contrahendi modum formamque pertinet, arg. *l. pacta conventa* 72. *ff. de contrab. emt.* circa quæ solemnia observandam esse legem loci, in quo contractus celebratur, adstructum plenius *tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 13. Atque his etiam consentaneum videtur, eo casu, quo fidejussor dandus est, talem pro evictione dari oportere, qui idoneus & jurisdictioni judicis, in cujus territorio venditio aut alia similis conventio celebrata fuit, subjectus est, arg. *l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non iverit l. si fidejussor.* 7. §. *si necessaria* 1. *ff. qui satisd. cog.* Confer Gomezium *varior. resolut. tom.* 2. *cap.* 13. *n.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 305. Quem si auctor invenire nequeat, vel emtori consentienti hypotheca sufficiens in immobilibus constituenda foret, de quo pluribus actum *tit. de pignor. & bypotb. n.* 20. vel alioquin immobilia ex usu nostrate adhibito solemni decreto judicis, præcedentibus publicis proclamationibus, tradenda sunt. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 56. *& seqq.*

5. Negotia quod attinet ad casus, ex quibus evictio præstanda, secundum est, si quidem de evictione fuerit expresse repromissum, nihil referre, cui negotio talis repromissio adjecta sit, cum eo casu non aliud inspiciatur, quam an res evicta sit, ut de evictione stipulatio committatur, *l. sciendum* 52. *ff. b. t. l.* 1. *C. de jure dot. l.* 1. 2. *C. b. t.* Si vero nulla fuerit de evictione repromissio interposita, multis negotiis id naturale est, ut ob rerum ex iis translatarum evictionem actio sit; inter quæ prima est emtio venditio, sive res corporales venditæ & evictæ fuerint, sive incorporales, ut nomina & actiones & servitutes nominatim venditæ, *l. fundum cujus* 46. §. *si per* 1. *l. si plures* 74. §. *ult. ff. b. t. l. si nomen* 4. *ff. de bered. vel act. vend.* vel jus hereditarium, de quo latius *in tit. de bered. vel actione vendita n.* 4. Plane si fiscus aut Princeps rem vendiderit, uti illa emtori evinci nequit, dum is statim ex privilegio dominium acquirit, ita nec de evictione quæstio esse potest, arg. §. *ult. Inst. de usucapionib.* Sed & si res solemni decreto judicis ex moribus hodiernis traditæ sint, difficilius quidem evictio permittitur, nisi justissimæ restitutionis causæ doceantur, de quibus actum in materia *in integrum restitutionis*; interim tamen, quotiescumque extra ordinem evictio rerum sic traditarum domino pristino conceditur, emtori evictio vel per venditorem qui sponte vendidit, vel per debitorem, in cujus liberationem pretium cessit, quin & quandoque per rem, in cujus creditores, quibus pretium solutum, præstanda foret, hactenus saltem ut pretium ad emtorem revertatur; cum iniquum sit, illud sine notabili emtoris culpa in lucrum cedere vel iniquo possessori vel creditoribus aut debitori, arg. *l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integr. restit. l. ult. C. si adversus fiscum, l. si minori* 3. *C. de jure fisci.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 16. 17. 18. & *cap.* 14. *n.* 5. 6. Quæ ut apertius intelligantur, considerandum, creditorem vel jure communi pignora vendere, vel jure creditoris. Si jure communi, id est, rem tanquam suam propriam distraxerit, & non tanquam pignori sibi obligatam, perinde emtori de evictione tenetur, ac si rem plane alienam nullo pignoris jure sibi devinctam alienasset, arg. *l. si mandatu* 59. §. *creditor* 4. *ff. mandati*, idemque est, si ipse duplum evictionis nomine emtori promiserit, quasi & tunc magis jure communi rem ut suam vendiderit; licet adversus debitorem regressum deinde habiturus sit, si duplæ repromissio debitori utilis fuerit, *l. si pignore* 22. §. *ult. l.* 23. *ff. de pignorat. act.* Sin jure creditoris id est, ut talem, quæ ipsi pignoris vinculo tenebatur, ob evictionem pignoris a tertio factam emtori non tenetur; usque adeo, ut pretio necdum soluto emtor illud in præjudicium creditoris juris pignoris distrahentis retinere nequeat, sed ad solutionem compelli possit, *l. cum ea conditione* 68. *ff. b. t.* junct. *l.* 1. 2. *C. creditorem evict. pignoris non debere l. ex emto* 11. §. *sententiam* 16. *ff. de act. emti*, sed magis emtor, utcunque quodammodo in culpa posito, quod non didicerit cautius mercari, adversus debitorem, cui solutio pretii profuit ad liberationem, actio ad pretii & usurarum medii temporis, non item ejus quod interest, restitutionem ex æquo & bono danda; maxime, quia creditor ex debitoris voluntate, atque ita ipse debitor, quodammodo talem intelligitur venditionem fecisse, *l. si plus* 74. §. 1. *ff. b. t. si ob causam* 13. *C. b. t.* junct. §. *contra* 1. *Instit. quib. alien. licet vel non*, vel etiam emtor per actionem ex emto recte desideraverit a creditore, qui vendidit, sibi cedi actionem pignoratitiam contrariam adversus debitorem ad id quod interest, rem alienam non fuisse pignori datam; cum æquum sit, hoc saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est, *l. in creditore* 38. *ff. b. t.* arg. *l. beredem* 14. *ff. mandati*, *l. cum is, qui* 36. *de fidejussor.* Henricus Kinschot *respons.* 42. Si tamen creditor sciens dolo malo rem alienam sibi pignori datam jure creditoris vendiderit de dolo emtori incipit in pœnam fraudis obligatus esse. Uti enim pignoris contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui

fraudem admisit ac decepit, non excusat, ac quilibet suis in actibus dolum præstat, *d. l. ex empto 11. §. sententiam 16. ff. de act. emti, l. 2. C. creditorem evictionem pignori non debere*. Quin &, si decretum a non competente judice sit interpositum, vel domino non sit facta denuntiatio venditionis pignoris, magis est, ut ob id evictione secuta, emtor creditorem recte conveniat ad pretii restitutionem, quippe qui potissimum in culpa est, quod requisita subhastationis observata non sint, ac ob id venditio inutilis, ut dictum *ii. de distract. pign. num.* 7. ut proinde ipse etiam præcipue intelligi debeat, eo nomine emtori devinctus. Confer Neostadium *Curiæ supr. decis.* 100. Responsa Jurisconsult. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 334. (*revera* 234.) *pag.* 671.

6. Quod si prædia hostilia belli jure capta Titius a fisco capiente emerit, iterumque Mævio vendiderit, ac proinde per subsecutas pacis conditiones prædia illa iterum quodam postliminii jure ad dominos pristinos revertantur, adversus fiscum quidem, qui vendidit, regressus haud videtur aut Titio aut Mævio concedendus, cum fiscus non intelligatur ultra illa prædia vendidisse, quam quatenus jure belli liceret dominium retineri, ac proinde per Titium incerta magis prædii retinendi spes emta videatur, quam ipsum prædium, *l. lucius Titius* 11. *ff. h. t.* Sed nec Mævio emtori secundo adversus Titium emtorem primum; cum ex prædiorum situ ac occupatione bellica Mævius scire facile aut præsumere potuerit atque debuerit, belli jure capta ex pacis legibus reditura ad eos, quibus erepta, arg. *l.* 11. *ff. h. t.* Secus quam obtineret, si ex rerum emtarum situ non posset hoc dignosci, dum forte publicata fuerunt bona ejus, qui apud hostes est, & ita per fiscum vendita; de quo vide Neostadium *Cur. supr. decis.* 37.

7. Porro, cum datio in solutum emtioni similis sit, etiam is, cui res in solutum data evicta est, adversus dantem de evictione experiri potest; *l. si prædium* 4. *C. h. t.* junct. *l. ult. ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, sive pro debito pecuniario datio in solutum intervenerit, quo casu proprie venditionis vicem obtinet, sive pro re alia corporali aut incorporali, adeoque magis ad permutationem accedat: cum & ob evictam rem ex permutatione datam actio in factum præscriptis verbis ad exemplum actionis ex emto detur ad id quod interest, rem evictam non esse. Quamvis etiam ad restitutionem rei vicissim ex permutatione datæ contendere possit is, qui rei sibi datæ evictionem passus est, ubi id sibi expedire credit, *l. 1. C. de rerum permut. l. 1. §. 1. & ult. ff. eod. tit. l. si quis aliam* 46. *ff. de solution. l. libera quidem* 8. *C. de sentent. & interlocut. l. permutationis* 29. *C. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 49. & *de error. pragmat. decade* 100. *errore* 7. Cujacium *lib.* 19. *observ.* 133. Gomezium *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 33.

8. Divisio quoque hereditatis & ejus explicandæ gratia interveniens rerum adjudicatio emtionis vice esse dicitur, *l. 1. C. communia utriusque judicii*, indeque & ob id, quod res uni adjudicata evincitur, actio adversus reliquos de evictione competit, sive judicis auctoritate sive coheredum consensu divisio facta sit; alio tamen atque alio modo. Nam si coheres sciverit, rem sibi adjudicatam alienam aut alteri obligatam esse, atque ita evictionis periculo obnoxiam, nec tamen sibi de evictione caveri curaverit; ea evicta nullam quidem de evictione actionem habet ad id quod interest, *l. si fratres* 7. *C. commun. utriusq. judicii*, sed æstimationem a reliquis eum consequi pro rata æquum est, ne cum hujus jactura reliqui coheredes locupletentur, quibus res aliæ defuncti propriæ cesserunt ex divisione ac adjudicatione, secundum ea, quæ postmodum de scienter ementibus alienum explicanda erunt, nisi forte incertum evictionis in se recepisset, arg. *l. quod si in* 10. & *l.* 11. *ff. de hered. vel act. vend. l. si familiæ* 14. *C. familiæ ercis.* Sin ignoraverit, aut sciverit quidem sed nominatim de evictione sibi cautum habuerit (ut arbitro familiæ erciscundæ incumbit curare, ut de evictione caveatur his, quibus adjudicat, *l. heredes ejus* 25. §. *pen. ff. famil. ercisc.*) actione ex stipulatu, ubi ea intercesserit, alioquin præscriptis verbis agere potest, *d. l.* 7. *C. commun. utr. judicii, l. si, cum venditor* 66. §. *ult. ff. h. t. d. l. si familiæ* 14. *C. familiæ ercisc.* Vide Caballinum *de evictione*. §. 4. *n.* 51. Christinæum *ad Leg. Mechl. tit.* 16. *art.* 43. *n.* 4. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 6. *consil.* 19. & 163. Berlichium *concl. pract. par.* 1. *concl.* 24. *n.* 54. & *seqq.* & quæ, licet ab hisce uno in casu diversa, scripsi libello *de famil. ercisc. cap.* 13. *n.* 6. & *seqq.* Quod si testator ipse res suas inter coheredes diviserit, an & tunc evictionis præstatio locum habeat, discussum antea *tit. familiæ ercisc. n.* 1.

9. Locationem insuper venditioni similem esse & iisdem prope juris regulis niti cum placuerit, *pr. Instit. de locat. conduct.* non mirum fuit, evicta re locata conductori etiam licuisse experiri per actionem locati conducti ad id quod interest, se rei locatæ ac jam evictæ usu carere, *l. si quis domum* 9. *pr. ff. locati*, etsi hæc propria evictionis præstatio non sit, cum nullum conductori pretium evictæ rei præstandum sit.

10. Adhæc in transactione præstatio evictionis locum invenit, quoties scilicet id, quod transactionis causa datum est, evictum fuerit; nam si ipsa illa res, propter quam lis erat vel metuebatur, quæque per transactionem apud alterutrum litigantium ex transactione constituebatur, evicta sit, neutiquam eo nomine devinctus est, qui quid transactionis nomine accepit; cum per transactionem super aliqua re non id agatur, ut is, penes quem illa manet, dominus ejus fiat; sed tantum, ut per adversarium transigentem res dimittatur, & per eum amplius non stet, quo minus hic rem habeat, nec in posterum litem ultra ab eo, cum quo transegit, patiatur, *l. si pro fundo* 33. *C. de transaction.* Caballinus *de eviction.* §. 4. *n.* 46. Donellus Brunnemannus, Wissenbach *ad d. l.* 33. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *tit.* 2. *n.* 38. Mantica *de tacitis & ambiguis convent. lib.* 26. *tit.* 7. *n.* 22. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *defin.* 28. Et quamvis non desint, quibus placuit, ita demum non teneri eum, qui quid transactionis nomine accepit, si rei ipsius litigiosæ possessionem tempore transactionis non habuerit, sed simpliciter, aliquo accepto, reliquerit penes possessorem: diversum autem esse, si possessor rei litigiosæ rem ipsam, aliquo per transactionem accepto, in adversarium transtulerit; quasi tunc venditio magis quam transactio intercessisse videatur. Abraham a Wesel, *de connub.*

bonorum societ. tract. 2. *cap.* 2. *num.*66. *& seqq. post alios ibi citatos*, vix tamen est, ut eorum sententiam probaveris; cum neque lege ulla id cautum sit; neque translatio possessionis (quæ possessio sæpe tantum facti est, nulla juris specie vel colore quæsito adjuta) immutet naturam transactionis; neque is, qui possessionem transigendo transfert, ullatenus id agat, ut in adversarium dominium transeat, sed hoc unum, ut ipse cedat jure quali quali, quod videri posset in re hactenus possessa habere; perinde, uti jure suo quali quali ac dubio cedit ille, qui cum non possideret, aliquo accepto, a persecutione rei tanquam suæ jam cœpta desistit. Quibus accedit, dubium haud esse, quin æque possidens ac non possidens possit debiliori jure munitus esse, ac transactiones non minus modico accepto & possessione translata expediantur, quam eadem retenta ac modico petenti dato, ut ab ulteriore lite discedat. Ut proinde ex his omnibus magis concludendum sit, contingentem in transactione possessionis translationem aut retentionem evictionis præstandæ intuitu nullam operari debere juris diversitatem. Sane, si possessor accepto prope justo pretio possessionem adversario concesserit, uti tunc emtionem hanc magis transactionis titulo velatam, quam veram transactionem esse non negaverim, ita vicissim concedendum mihi fuerit, non minus emtionem dicendam, si non possidens justo propemodum pretio accepto per possessorem a lite dimittatur; dum plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur, per jura vulgata.

11. Ex hac quidem hactenus de titulis onerosis, in lucrativis non per omnia simile jus est. Nam si dos evicta fuerit videndum, utrum a datione, an a promissione dos inceperit. Si a promissione, conditio vel actio ex stipulatu marito competit, ut alia dos detur. Sin a datione, si quidem æstimata data sit ea mente, ut æstimatio quandam venditionis speciem constituat; actio de evictione danda est, uti propter rem venditam evictam danda foret: si vero inæstimata, vel æstimata quidem, sed ea intentione ne venditio contrahatur, nulla marito ob eam evictam actio est, nisi dolo malo res aliena sic data sit, quippe quo casu de dolo, aut in factum, ob honorem matrimonii, si uxoris ipsius dolus arguatur, agendum foret, *l.* 1. *C. de jure dot. l. quotiens* 16. *l. cum post divortium* 69. *§. cum res* 7. *ff. de jure dot.* junct. *l. plerumque* 10. *§. si ante* 4. *ff. eod. tit.* aut nisi pater rem alienam in dotem dederit, etiam bona fide: cum enim officium ejus sit, dotem pro sua dare progenie: aliam evictæ loco dare compellendus est, arg. *d. l.*69. *§. gener.* 4. *ff. h. tit.*

12. Legata quod spectat, inter rem in genere ac in specie legatam multum interest; si enim res in genere legata fuerit, veluti homo, equus &c. ac heres generis illius certam speciem suo vel legatarii arbitrio præstiterit, ea deinceps evicta, non dubium, quin saltem ad aliam ejusdem generis speciem ex causa legati solvendam per actionem ex testamento cogi possit, dum voluntas testatoris, genus legantis, per alienæ rei solutionem impleta dici nequit, *l. heres servum* 58. *ff. h. t. l. qui concubinam* 29. *§. si heres* 3. *ff. de legatis* 3. *l. si a substituto* 45. *§.* 1. *l. si domus* 71. *§. de evictiion.* 2. *ff. de legatis* 1. Sin rem certam ac in specie nominatam testator legaverit, heres eam qualem qualem præstando liberatur, nec, si illa evincatur, aliam ejus loco similem aut æstimationem dare compellitur, *l. si a substituto* 45. *§. ult. l. si legati servi* 56. *l. si servus* Ti.ii 70. *§. de legatis* 1. nisi legatarius probet, testatorem scivisse, rem, quam legabat, alienam esse, vel conjunctæ personæ res aliena a testatore legata sit, arg *§. non solum* 4. *Instit. de legatis, l. cum alienam* 10. *C. de legatis.* Confer Mangilium *de evictiion. quæst.* 63. *& seqq.*

13. Plane in donationibus simplicibus ob res donatas evictas donatorem non teneri, verius est, sive a datione, sive a promissione, donatio initium habuerit: licet enim jure novo donatio emtioni in eo adæquata fuerit, quod ex pacto donationis actio ad tradendum competat, *§. alia autem* 2. *Instit. de donat.* non tamen in eo, ut evictio præstanda foret; cum justum non sit, ex sua liberalitate quemquam damnum sentire; usque adeo, ut, si maxime rem alienam sciens dolo malo donaverit, tamen ne sic quidem de evictione ad rei donatæ æstimationem teneatur, sed tantum actione doli ad id quod forte donatarius nonnullas in rem donatam impensas fecerit, quas ab evincente non potuit recuperare, aut alio simili modo in damno hæreat, *l. quoniam* 2. *C. h. t.* junct. *l. Aristo ait* 18. *§. ult. ff. de donationibus*, arg. *l. ad res donatas* 62. *ff. de ædilit. edict.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 8. *circa finem.* Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 7. Nisi inter donantem ac donatarium stipulatio de evictione intercesserit, *d. l.* 2. *C. h. t.* (licet ne tunc quidem de evictione actionem dari oportere, Paulus censuerit *recept. sent. lib.*5. *tit.* 11. *§.* 5.) vel nisi res in genere per donatorem promissa sit, ac deinde evincatur species illa, quam ad faciendum donationis implementum ex genere præstitit; argumento eorum, quæ superius de generis legato dicta sunt. Brunnemannus *ad l.* 2. *C. h. tit.* Adde Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 35. Mangillum *de evict. quæst.* 68. 69.

14. Licet autem ad donationem quodammodo accedere videatur in feudum concessio ac emphyteusis, dum feudum definitur per beneficium, in *lib.* 2. *feud. tit.* 23. nec regulariter canonis aut servitiorum præstatio respondet fructibus majoribus & emolumentis ex emphyteuticario vel feudali prædio percipiendis, tamen, quia fere ad instar dotis hæc qualis qualis liberalitas concedentium in feudum aut emphyteusin onera varia adjuncta habet; ideo jure feudali cautum est, re feudali evicta, vassallum, qui ignoravit alienam esse, habiturum evictionis nomine actionem in simplum, ut scilicet ejusdem bonitatis ac quantitatis prædium præstetur; scienti autem non aliter in id actionem dandam contra eum, qui concessit, quam si pacto speciali id actum fuerit: ipsius concedentis scientia aut ignorantia non considerata, *lib.* 2. *feud. tit.* 8. *in pr. & tit.* 80. Rosenthal *synopsi feudali cap.* 8. *concl.* 29. 30. 31. Gudelinus *de feudis par.* 2. *cap.* 9. *num.* 8. 9. 10. Et de re evicta, quæ in emphyteusin concessa fuerat, emphyteutæ adversus concedentem competere actionem pluribus placuit, arg. *l. stipulatio ista* 38. *§. si quis forte* 3. *ff. de verb. oblig.* Cujacius *ad d. l.* 38. *§.* 3. Caballinus *de evictiion. §.* 4. *n.* 55. Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 5. *lit.* C. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *concl.* 24. *n.* 55.

15. Ceterum ut actioni de evictione locus esse possit, non interest, utrum tota res evicta fuerit, an pars ejus, *l.* 1. *ff. h. tit.* si modo pars illa principalis sit,

ac nomen totius retineat, quæ vulgo homogenea appellatur, veluti fundi venditi semis aut alia pars, *l. minor* 39. §. *si a me* 2. *l. qui fundum* 43. *l. ex mille* 64. *ff. h. t.* Nam si heterogenea evincatur, vel rei principalis accessio, veluti domus aut navis venditæ tigna aut tabulæ, ancillæ prægnantis aut vaccæ distractæ partus fœtusve, evictionis nomine non obligatur venditor, quasi evicta parte, *l. nove* 36. *l. si prægnans* 42. & 43. *ff. h. t.* licet ob id actio ex emto haud sit deneganda, unde &, evicta re vendita cum accessionibus, de eo quod accessit non in duplum ex stipulatu, sed tantum ex emto in simplum, & si quid amplius intersit, agendum est, secundum ordinariam actionis emti naturam, *l. evicta re* 16. *ff. h. t.* junct. *l. si in venditione* 60. *ff. h. t.* Quin &, si rei, quæ uno spiritu continetur, veluti bovis aut equi aut servi, pars evicta sit, ne tum quidem de evictione ex vi stipulationis, sed tantum ex emto actio est, nisi specialiter partis quoque mentio fuerit adjecta in duplæ stipulatione, *l. si dictum* 56. §. *in stipulatione* 2. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod apud Pomponium legitur, si communi dividundo mecum actum, & adversario servus adjudicatus sit, quia proba vit eum communem esse, habiturum me ex dupla stipulatione actionem; quia non interest, quo genere judicii evincatur, ut mihi habere non liceat, *l. si mancipium* 34. §. *si communi* 1. *ff. h. t.* Non enim illic pars servi, sed propter adjudicationem interpositam & adversario factam totus servus evictus erat: nec nlla penes emtorem pars remanebat. Plane, si ex servis duobus uno pretio venditis unus evictus sit, de evictione venditor obstrictus est, utcunque servus non evictus tanti valeat, quanti uterque simul emtus fuit, *l. si duos servus* 47. *ff. h. t.*

16. Parti tamen homogeneæ evictæ in jure nostro comparatum, si rei venditæ ususfructus vel usus evincatur, quia is multis in casibus dominii pars est, *l. fundum, cujus* 46. *l. si ab emtore* 49. *l. si rem* 62. §. *ult. ff. h. t. l. in vendendo* 66. *ff. de contrah. emt. l. stipulatio ista* 38. §. *si quis forte* 3. *ff. de verbor. oblig.* junct. *l. ususfructus in multis* 4. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* vel jus emphyteusios aut superficiei, arg. *d. l.* 38. §. 3. *ff. de verb. oblig.* vel pignoris, secundum ante tradita *n.* 1. *h. t.* vel servitus realis, quam venditor nominatim dixerat prædio vendito accessuram, *l. pen. ff. h. t. l. in vendendo* 66. *ff. de contrab. emt.* eo quod non prædium modo, sed & ipsa servitus prædio debita tunc nominatim vendita intelligitur, atque ita evictum ad ipsum quod nominatim emtum fuit. Nam & si alia rei venditæ accessura esse specialiter convenerit, de eorum evictione in simplum agi potest, *l. servi venditor* 5. *l. evicta re* 16. *ff. h. t.* Simili ratione, si fundus, *uti optimus maximusque est*, distractus fuerit, & vicinus servitutem evincat, tanquam per istum fundum sibi constitutam, auctorem de servitute istius evictione obligatum habet: id enim ista formula agitur ut prædium præstetur liberum ab omni servitute; adeoque cum prædio libertas quoque ab oneribus nominatim comparata censetur; unde nec mirum est, si de evictione experiundi potestas tunc data sit, *l. pen. l. cum fundus* 48. *ff. h. t. l. cum venderes* 59. *ff. de contrab. emt.* Extra hos casus magis visum fuit, venditorem ob evictionem servitutis, quæ fundo credebatur competiisse, vel alicujus onere fundus liber existimabatur, emtori non teneri; uti nec de aliis, quæ tacite tantum accedere solent, *d. l. pen. ff. h. t.* Sed magis actioni ex emto, vel quanti minoris ex ædilitio edicto locus est, ubi servitutis onus invenitur impositum, quod a venditore sciente dissimulatum erat, *l. quotiens* 61. *ff. de ædil. edicto*, arg. *l. in venditione* 41. *ff. de act. emti*, quod & innuitur *l. sed si quid* 15. §. 1. *ff. h. t.* si ibi cum Cujacio, Gothofredo in notis, aliisque pro *tervus* legatur *servitus*. Et hæc ita, si modo per sententiam judicis hæc jura, rei emtæ pretium augentia, emtori denegata fuerint: nam si emtor metu molestiarum & impensarum litis passus sit vicinos quædam in præjudicium libertatis, aut servitutis prædio debitæ, agere aut exstruere, quæ nocent, auctoris id damnum esse non debet, cum nihil vere evictum sit. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 69. *n.* 7. *& seqq.* Nostris interim moribus simplicius placuit, ut quoties servitutes aliquo jure simili evincuntur, utcunque nominatim dictum fuerit, res illis oneribus non esse obnoxias, vel servitutes rebus emtis esse debitas, ad id quod interest emtor agat, venditionis contractu in suo vigore persistente. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 21. 22.

17. Agunt de evictione non emtores tantum aliique his similes, qui ex causis superius recensitis rem nacti rursus per sententiam amiserunt, sed & heredes eorum, non item successores particulares, quales secundi emtores, nisi iis ab emtore primo actio cessa sit, *l. si res* 59. *ff. h. t.* contra venditores aliosque vulgo dictos *auctores*, & eorum heredes, cum ex conventione obligatio nata sit; nec non contra fidejussores, horumque heredes, *l. auctore* 7. *l. exceptione* 11. *l. si status* 18. *l. ult. C. h. t.* etiam cum fidejussores pro minore venditore fidejusserunt, & is adversus venditionem restitutus est, *l.* 1. *C. de fidejuss. minorum.* Qua occasione disputatum invenio apud Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 14. *n.* 7. an auctor aut fidejussor in perpetuum de evictione teneatur, si promiserint ex formula quadam recepta *se evictionem præstituros in annum & diem?* (*'t vercochte goed te waren voor Jaar en Dag*) & in id inclinare virum doctissimum, ut existimet perpetuam inde de evictione obligationem esse. Quod etsi prima fronte mirum videri potest, justo tamen fundamento nititur, tum quia, (uti idem auctor ibidem habet) tempus finitum pro infinito usurpatum videtur; tum etiam, & mea quidem opinione præcipue, quia secundum antiquos Diœcesios Ultrajectinæ mores nemo rem suam ultra annum & diem, seu sex septimanas vindicare poterat, uti id plenius docet idem Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 30. *in med.* ac cum eo fere conveniunt antiqua Hollandiæ jura, secundum quæ nullus poterat evictionem pati prædiorum post annum & diem, ex quo illa ei coram lege loci tradita, & id actis insinuatum fuisset, prout hæc explicata ab Hugone Grotio *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 28. *& seqq.* Cum ergo non ultra annum & diem evictionis licentia pristinis rerum dominis permitteretur, quid mirum, si & evictionis promissio formula, tantum in annum & diem concepta, interposita fuerit, & tamen hoc ipso plenissimam de evictione in perpetuum comprehenderit securitatem? aut quæ absurditas, si quis etiamnum hodie formula vetere uti volens, etiam ejus interpretationem ex more majorum petitam adversus se patiatur? præsertim,

cum licuisset verbis aliis apertioribus uti, arg. *l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus* 18. *ff. de verb. obligat.*

18. Quod si plures unius rei pro indiviso possessæ & simul uno pretio distractæ venditores sint, vel plures unius venditoris heredes, singulis quidem in solidum defendendi necessitas incumbit, cum individua hæc defensionis obligatio sit, adeo ut, si omnibus denuntiatum sit, ac forte pauci vel unus tantum defensionis causa in lite substiterit, omnibus vincat aut vincatur, recteque agatur cum ceteris, quod evictionis nomine victi sint, *l. si rem* 62. §. *si ei, qui* 1. *ff. b. t.* si modo unus ille aut pauci in solidum totius rei defensionem facere parati fuerint; nam si quisque eorum, qui se stiterunt, suam tantum partem defendere voluerit, in judicio substitisse neque ipsis præsentibus neque absentibus prodesse potest, propter individuam defensionis naturam, *l. cum ex causa* 139. *ff. de verbor. obligat. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *ff. eod. tit.* junct. *l.* 2. §. 2. *& seqq. ff. eod. tit.* eo modo, quo & unus ex pluribus dominis servum in solidum defendere cogitur, si ex noxali causa agatur, *l. si cum uno* 4. *ff. si ex noxali causa agatur.* Sed quia pecuniariæ quantitatis, adeoque etiam ejus quod interest, dividua præstatio est, evictione secuta non ultra suam quisque partem actione de evictione per emtorem conveniri potest, *d. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *ff. de verb. oblig. l. si rem* 62. §. *si ei, qui* 1. *ff. b. t. l. quoniam* 2. *C. b. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 14. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *def.* 29. Sane, si non plures communiter, sed singuli suam partem pro indiviso possessam distraxerit; cum tot venditiones intelligantur, quot partes sunt venditæ, non dubium, quin pro sua tantum quisque parte non modo ad præstationem ejus quod interest ob evictionem, sed etiam ad defensionem suscipiendam devinctus sit, arg. *l. quod autem* 11. §. 1. *ff. de in diem addict. l. si divisa* 13. *C. de locato.*

19. Non tamen de evictione conveniri possunt creditores, qui pignora vendiderunt jure creditoris; de quo latius supra, *num.* 5. Nec executores, qui judicati exsequendi causa pignora judicis auctoritate capta distraxerunt, si illa evincantur, *l. si pignora* 50. *ff. b. t.* Nec procuratores, si mandato instructi, ac qua tales, rem vendiderint, nisi simul in se receperint onus evictionis, *l. si cum venditor* 66. §. *ult. ff. b. t. procurator, qui* 67. *ff. de procurator.* Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 31. *defin.* 6. Mangillius *de evictione. quæst.* 187. Nec tutores aut curatores ex suo capite ob evictionem rerum, quas, tanquam ad pupillum aut minorem pertinentes, in alios officio durante transtulerunt, arg. *d. l.* 66. §. *ult.* & *d. l.* 50. *b.t.* Adde Mangillium *de evict. quæst.* 183. Nec illi, qui simpliciter consenserunt in rei distractionem, arg. *l. exceptione* 11. *Cod. b. t.* Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 55. An autem marito rem alienam vendente, uxor quoque jure statutariæ communionis de evictione teneatur? An & tunc, cum maritus rem uxoris propriam alienavit, posito statuto, quo maritus uxorem quidem obligare, non item immobilia ejus alienare potest, alibi explicandum erit. Vide interim Christianum Rodenburch *de jure conjugum intract. prælim. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 9. 10. 11. *pag.* 76. *& seqq.*

20. Illud præprimis monendum venit, non aliter eum, cui res evicta, adversus auctorem reliquosque supra recensitos de evictione experiri posse, quam si auctori tempestive facta fuerit denunciatio, litem motam esse, addito secundum mores exemplo libelli per actorem editi; non eum in finem, ut is litem in se & ad suum forum transferat, sed potius, ut liti assistat, & rei conventi forum secutus defensionem ejus suscipiat, ac præstet auctoritatem, *l. venditor* 49. *ff. de judiciis, l. si rem, quam* 29. §. *ult. l. si fundo tradito* 53. §. 1. *l. si plus* 74. §. *pen. ff. b. t.* Confer si libet, Instructionem Curiæ Hollandicæ *art.* 115. 116. 117. Curiæ supremæ *art.* 235. *& seqq.* Brabantinæ *art.* 511. *& seqq.* Flandricæ *art.* 304. *& seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 8. & *cap.* 5. *n.* 18. 19. & *cap.* 4. *n.* 9. Covarruviam *variar. resolut. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 3. Caballinum *de evict.* §. 3. *num.* 33. *et seqq.* &. quæ scripsi *t. de judiciis num.* 38. Quo facto, sive auctor liti assistat, ut evitetur collusio, vel etiam se procuratorem in rem suam ab emtore constitui patiatur (secundum *l. si servus* 21. §. *et ideo* 2. *l. si, cum venditor* 66. §. *si secundus* 2. *ff. b. t.*) sive liti sese palam non jungat, sed reo adminicula ac probationes ad jus asserendum suppeditet, sive nihil horum agat semel iterumque secundum loci cujusque morem citatus, sed in universum litem negligat, evictione secuta adversus auctorem regressus est, *d. ll.* si modo ipse emtor pro virili non defuerit defensioni; ne alias propter absentiam magis evictus videretur auctor, quam quia malam causam habuit, *l. si ideo* 55. *ff. b. t.*

21. Sufficit autem, vel ipsi auctori, vel procuratori ejus, auctore tamen præsente & non ignorante, denunciationem factam esse, *l. si dictum* 56. §. *si præsens* 4. *ff. b. t.* Quin & pupillo eam sine tutoris auctoritate fieri posse, si tutor non appareat, benignius apud Romanos receptum fuit, *d. l. si dictum* 56. §. *ult. ff. b. t.* Quamvis nostris moribus in tali casu magis cameræ pupillari vel agnatis ac cognatis proximis denunciandum foret, quo pupillis tutor daretur aut peteretur. Groenewegen *ad d. l.* 56. §. *ult.* Si plures auctores vel plures unius auctoris heredes sint, singulis denunciationem fieri necesse est, *l. si rem, qua* 62. §. 1. *b. t. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *l. cum ex causa* 139. *ff. de verb. obligat.* cum omnibus & singulis rei totius incumbat defensio, secundum ea, quæ supra dicta *n.* 18. Quod si lis emtori mota sit, cum rem a creditore, pignus jure creditoris distrahente, emisset, debitori magis, cui pretii solutio, ad liberationem profecit, quam creditori denunciandum, arg. *l. si ob causam* 13. *C. b. t. l. si plus* 74. §. 1. *ff. b. t.* Et si res eadem sæpius vendita per plures manus ambulaverit, ac ultimo tandem possessori evincatur, non jure hic primo auctori quasi per saltum denunciaverit, cum nullum inter hos intercesserit negotium, nisi postremo per primum emtorem actiones adversus venditorem primum cessæ fuerint, *l. si res, quam* 59. *ff. b. t.* sed potius emtor postremus auctori suo, atque hic rursus ei, a quo immediate rem nactus est, denunciationem litis motæ facere debet, donec ad primum auctorem deventum fuerit, arg. *l. sed et si post* 25. *ff. b. t.* si enim uni ex auctoribus intermediis denunciatum non sit, evictionis secutæ intuitu nulla in eum actio danda foret, Caballinus *de evict.* §. 3. *num.* 143. Fidejussori, qui pro evictione intervenit, denunciationem fieri jura non præcipiunt, atque etiam inscium plane litis motæ teneri volunt: eo quod hic

plerumque defensionum æque, ac emtor, ignarus est; atque adeo nec cum fructu liti assisteret, *l. auctore 7. C. h. t.* Sed & si servus vendiderit, domino denunciationem fieri necesse non est; imo ipsi servo faciendam esse, si vivat; ac domino tantum, si servus sit mortuus, Julianus scripsit, *l. minor* 39. §. 1. *in fine ff. h. t.*

22. Neque cessat hæc denunciationis necessitas ob id, quod auctor jam aliunde resciverit, litem emtori motam esse: licet enim certiorari non debuerit, qui non ignoraverit, *l. 1. in fine ff. de act. emti*; quia tamen denunciationis adhibendæ duo fines sunt, alter, ut jam certior factus aliquid faciat, seu defensionem suscipiat, consequens est, auctorem litis motæ non ignarum, forsan & præsentem, nihilominus ad defensionem obeundam oportere vocari, arg. *l. si parenter 20. in fine C. h. t.* Covarruvias *var. resol. lib. 3. cap. 17. n. 5.* Fachineus *controv. lib. 2. cap. 35. in fine*, Ant. Faber *Cod. lib. 8. tit. 14. defin. 2.* Berlichius *conclus. pract. par. 1. conclus. 24. n. 35. & seqq.* Quid, quod nec in causa, quam DD. appellant notorie injustam, denunciationis necessitas remissa censeri debet. Etenim, an causa injusta sit, non emtoris, cui plerumque ignotæ defensiones, quique propterea auctorem in auxilium advocat, sed judicis æstimatio est, arg. *l. prætor ait* 20. §. 1. *ff. de operis novi nunciatione.* Nec huic repugnat *l. ex emto* 11. §. *idem lib.* 12. *ff. de act. emti*, cum ibi non asseratur, omissam fuisse nunciationem. Si tamen is, qui non facta auctori denunciatione evictionem passus est, evincentis ipsius partes suscipiens jus ejus certum asserere possit, atque ita manifestum docere defectum juris ex parte auctoris, regressus ei adversus auctorem haud videtur denegandus, perinde ac si tempestive litis fecisset denunciationem, Caballinus *de evictíon.* §. 3. *n. 75. & seqq.* Covarruvias *var. resol. lib. 3. c. 17. n. 6.* Hugo Grotius *manud. a jurisprud. Holl. lib. 3. c. 15. n. 17.* Christinæus *ad leg. Mechl. t. 13. art. 38. n. 12.* Leeuwen *cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 19. n. 14. in fine*, Carpzovius *defin. for. par. 1. constit. 3. defin. 24. 25.* Sed &, si per venditorem steterit, quo minus ei denunciatio fiat, dum vel absens, vel præsens, & per eum stat, quo minus denuncietur, committitur stipulatio evictionis, perinde ac si rite denunciatum fuisset, *l. si ideo* 35. §. *præsenti* 1. *ff. h. t.*

23. De cetero non tantum ante, sed & post litem contestatam, denunciationis faciendæ facultas emtori salva est, *dummodo non prope ipsam condemnationem*, adeoque secundum interpretes ante conclusionem in causa, fiat, *l. si rem quam* 29. §. *ult. ff. h. tit.* Berlichius *conclus. pract. part. 1. conclus. 24. num. 79. & seqq.* Covarruvias *var. resol. lib. 3. cap. 17. n. 8.* Caballinus *de evict.* §. 3. *n. 144.* Mangilius *de evict. quæst. 5. n. 4. & seqq.* Nam quod in contrarium urgetur Labeonis responsum, *debere denunciationem fieri, priusquam judicium accipiatur*, *l. qui concubinam* 29. §. *si heres* 3. *de legatis* 3. minus stringit, si consideremus per *judicii accepti* tempus non modo litis contestatæ, sed & aliquando sententiæ latæ tempus denotari; quo posito, verborum sensus idem erit, qui est *legis* 29. §. *ult. ff. h. t.* scilicet, oportere fieri denunciationem ante sententiam, ut adhuc sua auctori defensio salva sit. Tempus certe *judicii & latæ sententiæ* pro eadem capi, apertum est ex *l. 1. C. si adversus rem judicatam*, junct. *l. denique* 3. §. 1. *in med. ff. de minor. 25. annis.* Sed &, si in prima lite denunciatio omissa sit, ac emtor succumbens appellaverit, etiam tunc auctori recte, ut saltem in appellationis lite assistat, denunciatur; cum ita defensio ei etiamnum integra sit, quia, ut Marcianus ait, provocationis remedio extinguitur sententiæ pronunciatio, *l. 1. §. ult. ff. de sena.usc. Turpil.* Caballinus *de evictíon.* §. 3. *n. 144.* Covarruvias *var. resol. lib. 3. c. 17. n. 8.*

24. Non tamen nocet, omissam in universum fuisse denunciationem, quoties emtori similibusque pacto nominatim denunciationis necessitas remissa est, *l. Herennius* 63. *pr. ff. h. t.* uti nec, si consulto latitaverit auctor, ne sibi possit denunciari *l. si ideo* 55. §. 1. *l. si dictum* 56. §. *simili* 3. & 6. *ff. h. t.* quo tamen casu ad domum ejus denunciatio facienda, arg. *l. dies cautioni* 4. §. *prætor ait* 5. *ff. de damno infecto.*

25. Agitur vero ob evictionem secutam adversus auctorem actione ex emto aliave simili, ad pretium & id quod interest, *l. si controversia* 9. *l. si cum quæstio* 17. *l. emti actio* 21. *l. cum successores* 23. *l. si tibi* 25. *C. h. t.* sub quo & illud continetur, quod in rem emtam ab emtore, ut melior fieret, erogatum fuit, *d. l. si controversia* 9. *C. h. t.* si modo non nimium emtor modum excesserit, forte plurimum impendendo in rem, quæ minimo pretio veniit, *l. Titius cum* 43. *in fine l.* 44. *l.* 45. *ff. de action. emti*, & impensas ab evincente per retentionem recuperare non potuerit: nam si id potuerit per oppositam doli exceptionem, ad periculum auctoris ea res non pertinet, nisi is eam sciens vendiderit, *l. item & Julianus* 45. §. 1. *ff. de act. emti*, *l. super emt.* 16. *C. h. t.* Sed & sub eo, quod interest, impensas litis contineri verius est; cum hæc damna sint, quæ emtor ob factam rerum evictionem passus est, arg. *l. si cum quæstio* 17. *C. h. t. l. fidejussor* 15. *ff. de doli mali & metus except.* junct. *l. si commissa* 13. *ff. rem ratam haberi*, Gomezius *variar. resolut. tom. 2. cap. 2. n. 47. impr.* Quales tamen litis expensas emtor haud recuperat ab actore, si adversus eum, qui evictionem tentabat, victor evaserit in ultima lite, licet forte in primis instantiis victus fuisset, cum per ultimam anteriores sententiæ infirmentur tanquam non justæ, viribusque in universum destituantur. Nisi & in hunc casum auctor nominatim restitutionem promisisset, arg. *l. venditores* 102. *ff. de verb. obligat.* in qua lege, dum præter cautionem pro evictione & inde nascitura obligatione ad id quod interest, venditores insuper proponuntur *specialiter* promisisse, *se acturos, si in lite mota sumtus emtor fecisset*, innui videtur, sine tali promissione specifica nullum emtori vincenti, secundum facto speciem in lege propositam, adversus auctores pro litis impensis regressum competere. Quo & rationes juris generales suadent. Non enim damnum impensarum propter litem injuria motam sensit emtor ex aliqua venditoris culpa vel facto, verum ex actoris seu petitoris improbi calumnia; ut proinde damnum illud ex tertii facto promanans, quantum quidem ad auctorem attinet, casui fortuito adscribendum sit, dum nulla id arte aut providentia consequi vel avertere quisquam potest, ne damnum injuria ab alio detur, *l. sed de damno* 41. *ff. locati l. ad eos* 19. *ff. commodati*, at neque casus fortuito supervenientes auctor emtor præstat, neque injuria, quæ fit emtori, auctorem contingere debet, *l. si per imprudentiam* 51. *pr. ff. h. t.* Atque hinc, cum de hominis venditi statu quæstio mota esset, definitum

fuit, si quidem secundum libertatem sententia ferretur, auctorem conveniri posse, si vero servum fuisse sententia declaraverit, emtorem ad venditorem reverti non posse, *l. si statut* 18. *C. h. t.* quod posterius tum de pretio intelligi nequeat, dum certum erat nec imperatoria agebat definitione, re penes emtorem manente nullam pretii repetitionem esse, necessario de litis super statu motæ impensis accipiendum est. Et sane, cum de evictione cautio id contineat, ut emtori liceat rem habere, nec res evicta dici possit, quæ adhuc est penes emtorem, eundemque in lite victorem, *l. habere* 57. *ff. h. t.* sequitur, nec de evictione stipulationem commissam esse, ac proinde nec actionem emtori natam, præsertim, cum Jurisconsultus dicat, venditorem tradendo, si dominus sit, emtorem dominum facere, sed si non fuit dominus, de evictione obligari, *l. ex emto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. & inprimis* 2. *ff. de act. emti*, quam proinde evictionem præcessisse necesse est. Præterquam quod & restitutio sumtuum litis in materia evictionis tantum accessio quædam evictionis est, ac sub eo quod interest comprehenditur; re autem non evicta non potest præstationi ejus, quod interest, locus esse. Tuentur hanc sententiam Cujacius *ad l.* 102. *ff. de verbor. oblig.* Donell. *ad l.* 48. *C. h. t.* Zasius *ad d. l. venditores* 102. *ff. de verb. oblig.* Responsa Jurisc. Holl. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 48. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 27. 28. Nec quicquam in contrarium facit, quod auctori incumbit emtorem defendere in lite mota, *l. si plus* 74. *§. mota* 2. *ff. h. t. l. qui absentem* 75. *ff. de procurat.* quibus motus post alios Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 47. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 39. dissentientium castra secuti sunt. Licet enim defensio auctori a jure imposita sit, in quantum secundum superius exposita liti assistere & probationibus causam emtoris munire tenetur, non tamen inde sequitur, etiam sumtibus auctoris adversus actorem iniquum oportere peragi defensionem. Nam & procuratori pro domino agenti necessitas imposita est defendendi dominum a reo reconventum, *l. servum quoque* 33. *§. ait prætor* 3. & 4. *ff. de procurat.* nec tamen inde recte concluseris, suo ergo sumtu procuratorem debere defensionem subire. Gravant quidem commodatarium impensæ litis, si quæ ab eo pro recuperanda rei commodatæ a tertio detentæ possessione factæ sint, in casu *l. si ut certo* 5. *§. rem tibi* 12. *ff. commodati*, sed a commodato, quod solius commodatarii gratia contractum, & ex quo commodatarius ad rem commodanti restituendam obstrictus est, ad venditionem utilitates utriusque contrahentis continentem, ac ad venditorem, qui tradendo emtoremque dominum efficiendo contractum jam implevit, male sit illatio circa hanc de impensis litis disputationem.

26. Quod si post venditionem ante evictionem decreverint pretia rerum venditarum, adeo ut iis deinceps evictis tanti non videatur emtoris interesse propter evictionem, quantum quidem est in pretio, quod venditori numeratum est, electionem emtori tribuit Grotius, utrum pretium, quod emtionis tempore constitutum fuit, an magis quanti sua interest, repetere malit, *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 19. 20. quod tamen minus respondet iis, quæ a Papiniano tradita in *l. si, cum venditor* 66. *§. ult. ff. h. t.* actionem scilicet ob evictionem consequi, quanti sua interest; ita *ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis æstimatus, diminuas vel excedas*, uti & a Paulo in *l. evicta re* 70. *ff. h. t.* puta *evicta re ex emto actionem non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competere, idemque etiam, si minor esse cœpit, damnum emtoris esse.* Denique & ad African. *in l. idque & Julianum* 45. *pr. ff. de act. emti.* Nec adversatur *l. ex mille* 64. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* Quod enim illic propter partes, quas flumen agro post venditionem sustulit, vel ex adverso adjecit, non augeatur vel minuatur quantitas evictionis, ejus duplex ratio est, primo quia duplex stipulatio in casum evictionis intercesserat, adeoque pœna conventionalis in casum evictionis promissa; ut patet ex *pr. d. l.* 64 pœnam autem cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verbor. oblig.* secundo, quia duplæ stipulatio continebat duplicatum pretium, quo fundus emtus erat; quoties autem æstimatio fundi in stipulationem deducta est, meliore postea vel deteriore facto fundo, ea tamen æstimatio venit, quæ stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum* 28. *ff. de novation.* Adde *t. de condict. triticar. n.* 3. *in princip.*

27. Quia vero in actione quoque vendita evictionis præstatio locum habet, in quantum venditor debitorem præstare debet, contra quem actio vendita competat, *l. si nomen* 4. *l.* 5. *ff. de hered. vel act. vend.* evicta ea, dum vel debitum solutione jam extinctum est, vel exceptione perpetua enervatum, vel nuspiam apparet debitor, si quidem incertæ quantitatis actio fuerit, in id quod interest emtori actio prodita est; sin certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam evictionis nomine tenetur venditor, *d. l.* 4. & 5. *ff. de hered. vel act. vend.* arg. *l. quod* 8. & *l.* 9. *ff. eod. tit.* nec potest liberari restituendo pretium tale, quale accepit, si forte minoris actio sit vendita, quam quantum ea comprehensum erat. Licet enim ex constitutionibus Anastasii & Justiniani emtor nominis non plus a debitore exigere possit, quam quod ipse dedit, ut dictum *tit. de hered. vel act. vend. num.* 18. tamen cum id ita in solius debitoris gratiam cautum sit, ut tantundem offerendo, quanti nomen emtum est, a toto debito liberationem consequatur, nec uspiam illa facultas jure novo inveniatur ipsi nominis venditori tributa, magis est, ut juri antiquo in *d. ll.* contento etiamnum stari debeat, arg. *l. præcipimus* 32. *§. ult. C. de appellation.* Responsa Juriscons. Holl. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 118.

28. Præter actionem ex ipso negotio gesto ob evictionem in id quod interest comparatam, insuper frequentata fuit apud Romanos actio ex stipulatu, idque vel in simplum, vel in duplum, vel in triplum vel in quadruplum, prout de evictione stipulatio simplæ vel duplæ vel triplæ vel quadruplæ interposita fuerat, *l. hoc jure* 27. *l. si dictum* 56. *l. si plus* 74. *ff. h. t.* Cujacius *libr.* 11. *observat.* 4. & *lib.* 10. *observ.* 34. Quin imo moris fuit atque consuetudinis, ut pro rebus pretiosioribus duplæ, pro vilioribus simplæ repromissio adhiberetur, *l. emtori duplam* 37. *§.* 1. *ff. h. t.* adeo ut, si forte venditor duplæ promissionem facere detrectaret, & eo nomine adversus eum ageretur, dupli condemnandus fuerit, quia ea, quæ sunt moris atque consuetudinis, in bonæ fidei judicio debent venire, *l. quod si nolit* 31. *§. quia assidua* 20. *ff. adi-*

Et. edict. l. si dupla 2. ff. h. t. & si *per errorem* simplam pro dupla stipulatus fuisset emtor, tamen actione ex emto duplum consequi deberet, vel saltem, ut sibi in duplum promitteretur, *d. l. 33. §. ult. ff. h. t.* non item, si ex certa scientia in simplum tantum stipulatio concepta fuisset, arg. *d. l. 37. in pr. l. si plus 74. ff. h. t.* Interim has duplæ vel quadruplæ stipulationes a moribus nostris alienas esse, &, evictione secuta, auctorem emtori in id, quanti vere interest, teneri, observat Groenewegen *ad l. 31. §. 20. ff. de edilit. edict. & ad rubric. ff. h. t.*

29. Durant autem hæ actiones, tanquam personales, totis triginta annis, non a tempore venditionis, sed demum a tempore factæ evictionis computandis, *l. emti actio 21. C. h. t.* Neque evanescunt ex eo, quod venditor evictam rem postea offert; quia semel commissa de evictione stipulatio, aut nata ad id quod interest ex emto actio, resolvi non potest, *l. habere 57. in fine ff. h. t.* junct. *l. fidejussor. 15. ff. de doli mali & met. except.* ac sæpe inutilis in posterum res emtori futura est, dum sibi, ob evictam prius emtam, comparavit aliam, nec duabus simul opus habet, arg. *l. si in lege 24. §. colonus 4. ff. locati.*

30. Cessant tamen multis in casibus, puta, si non sit facta auctori litis motæ denunciatio, secundum ante explicata. Si lis quidem mota, sed emtor vicerit, de quo etiam superius actum. Si per imprudentiam aut errorem judicis succubuerit, *l. si per imprudentiam 51. pr. ff. h. t.* quod tamen moribus vix admittendum, cum pro re judicata veritatis ac justitiæ præsumtio sit, *l. ingenuum 25. ff. de statu hom.* nec judices hodie soleant litem suam facere, Groenewegen *ad d. l. 51. ff. h. t.* Wassenaar *pract. jud. cap. 8. num. 44.* Si emtor necdum condemnatus rem petitam sponte restituerit, vel transegerit vel compromiserit, vel jurisdictionem judici incompetenti prorogaverit, vel jusjurandum adversario detulerit, atque ita vel judicis incompetentis vel arbitri sententia res ei ablata sit, *l. non tamen 24. l. si dictum 56. §. si compromisero 1. ff. h. t. l. si cum quæstio 17. C. h. t.* arg. *l. si minores 1. ff. de minor. 25. annis*, Mangilius *de eviction. quæst. 13. n. 1. & seqq.* & *quæst. 199.* Si emtor victus, absente venditore, non appellaverit, aut appellaverit quidem, sed deseruerit appellationem: contra quam obtineret, si auctor præsens fuisset: quippe cui tunc appellationis officium incumbit, si appellandum putet, *l. Herennius 63. §. 1. 2. ff. h. t.* Si emtor competentes sibi vel auctori exceptiones non opposuerit sciens extraneo agenti, atque ita succubuerit, arg. *l. si obligata 19. l. emtori etiam 28. C. h. t.* Si possessionem sua culpa amiserit, cum potuisset illam retinere, ac postea agens recuperare non potuerit, dum forte termini erant, quibus rem retinere quidem, at non utiliter petere jura permittunt, *l. si rem, quam 29. §. 1. ff. h. t.* si cum venditor admonuisset emtorem, ut certa ageret actione ad rem amissam recuperandam, emtor id facere supersederit, *l. si cum venditor 66. ff. h. t.* si victus quidem sit emtor, sed antequam res ei auferretur, auctor litis æstimationem evincenti præstiterit, sive esset ab emtore constitutus in rem suam procurator, *l. si servus 21. §. & ideo 2. ff. h. t.* sive non, arg. *l. evictus autem 35. ff. h. t.* Si emtor, cum potuisset rem usucapere, non ceperit, & ob id res evicta sit, *l. si dictum 56. §. si cum 3. ff. h. t.* vel rem pro derelicto habuerit, *l. ult. ff. h. t.* vel locum emtum religiosum fieri passus sit, *l. si per imprudentiam 51. §. si quis 2. ff. h. t.* vel ei ad rem recuperandam agenti obstent exceptiones ex propria, non venditoris, persona objectæ, *l. hoc jure 27. ff. h. t.*

31. Quod si venditor tantum vendiderit *incertum juris*, si quidem bona fide id egerit, dum dubitabat quidem de jure suo, sed certam alienæ rei scientiam ac conscientiam non habebat, de evictione, quæ forte postmodum secuta est, haud tenetur; ac ne ad id quidem, ut pretium reddat, *l. quod si in 10. l. 11. ff. de hered. vel act. vend.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 27.* sin sciverit, rem ad se non pertinere, & tamen ita vendiderit, ex dolo suo non ad pretii tantum restitutionem, sed & ad id quod interest in pœnam doli, secuta evictione, damnandus est, *l. hoc autem 12. ff. de hered. vel act. vend.* junct. *d. l. 10. & 11. eod. tit. l. ex emto 11. §. ult. in fine ff. de act. emti.* Quod si, cum venditor non incertum juris sui, sed simpliciter rem venderet, nominatim id egerit, *ne de evictione teneatur*; evicta re, non quidem id quod interest solvere compellitur, *l. emti actio 21. C. h. t. d. l. 11. §. ult. in med. ff. de act. emti*, nisi & hic sciens alienum vendiderit, *l. tenetur 6. §. ult.* & *d. l. 11. §. ult. in fine ff. de act. emti*, sed tamen ad pretii accepti restitutionem obstrictus est, quia bonæ fidei contractus hanc non patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, & pretium venditor retineret, *d. l. 11. § ult. in med. ff. de act. emti*, Neostadius *curiæ supr. decis. 68.* Confer Mangilium *de eviction. quæst. 163. n. 1. & seqq.* nisi emtor scivisset, rem alienam esse, & tamen pactum tale a venditore apponi passus esset; cum ita neutiquam ab alio captus videri possit, sed magis semetipsum decepisse, aut saltem habuisse pretii in omnem eventum donandi propositum, arg. *l. cujus per errorem 53. ff. de reg. juris.*

32. Qua occasione generalius adnotandum, eum, qui sciens emit rem alienam, nullam quidem de evictione actionem habere ad id quod interest, si non specialiter sibi de evictione caveri curaverit, *l. si fratres 7. C. commun. utriusque judicii, l. si fundus sciens 27. C. h. t. l. apud Celsum 4. §. item Labeo 5. ff. de doli mali & met. except.* verum tamen scientiam alienæ rei in emtore non impedire, quo minus, evictione secuta, pretium quod dedit recuperet; cum iniquum sit, venditorem cum detrimento emtoris locupletari, arg. *l. ult. C. commun. de legatis, novell. 7. cap. quia vero 5. pr. & §. 2. l. 1. C. si vendito pignore agatur*, Zoesius *ad Pand. h. t. num. 19.* Perezius *C. h. t. n. quæritur, an. 25.* Caballinus *de eviction. §. 5. n. 32.* Si enim is, qui rem ecclesiasticam, alienari per leges vetitam, sciens emit aut ex permutatione accepit ab œconomo, pretium ab œconomo recuperare possit; si is, qui sciens rem restitutioni obnoxiam, atque ita a testatore alienari prohibitam, sciens emit, ablata re pretium a venditore jure reposcat; si denique pignoris emtor, qui in præjudicium debitoris cum creditore collusit dolo malo, pretium recipiat, ibi res ei in subsidium aufertur; secundum *d. leges*; ratio non est, cur non æque, imo longe magis, is, qui sciens rem alienam comparavit, eadem evicta, pretii habeat repetitionem, præsertim si consideres, peccare eos, qui rem Ecclesiæ, aut fideicommisso obnoxiam, sibi acquirere student, & pœna dignos esse;

non peccare, qui rem alienam emunt, in quantum rei alienæ distractio de jure valet, *l. rem alienam* 28. *ff. de con rah. emtion.* Quam etiam puto rationem esse, cur is, qui sciens rem alienam emit, efficaciter curare possit, sibi de evictione, caveri juxta *d. l.* 7. *C. commun. utriusq. jud. d. l.* 27. *C. h. t. d. l.* 4. §. 5. *ff. de dol. mali & me. except.* nihil tale, ex adverso possit, sed, non obstante duplæ stipulatione, solo teneatur pretio recepto contentus esse, qui sciens emit rem tertio ex fideicommissi causa restituendam, *d. l. ult.* §. *ult. ff. commun. de lega. it.* Conveniteque hæc sententia ita ex juris Romani fundamentis adstructa, de pretio non obstante emtoris scientia restituendo, etiam hodiernis moribus, ut post alios censet Groenewegen *ad l.* 27. *C. h. t.* Utcunque alibi contra judicatum fuerit, secundum Carpzovium *defin. for. part.* 2. *const.* 34. *defin.* 25. Christinæus *vol.* 4. *dec.* 155. *n.* 13. 14 & multis ab eo allegatis; atque etiam Fachineo *controv. lib.* 2. *cap.* 40. placuerit, hanc opinionem jure civili veriorem esse; sed debili fundamento. Non enim id adstrui potest ex *d. l. si fundum scient* 27. *C. h. t.* cum illic non de pretio soluto, sed litis impensis repetendis quæstio sit; nam dum ait, eum, *qui sciens fundum alienum comparavit, neque quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscere rationem*, verba *quod eo nomine dedit*, ad id quod evictioni nomine datum est, pertinent; at evictionis nomine non pretium sed litis impensæ datæ sunt, quas & ideo emtor, tanquam temerarius litigator ac non obstante rei alienæ conscientia contradictor existens, ferre debuit. Pretium certe non evictionis sed emtionis intuitu datum fuit, antequam ulla emtori lis cœpit moveri; imo licet nunquam evictio sequatur, tamen pretii datio est, atque ita extra omne dubium, evictionis nomini pretium haud dari. Longe minus pro hac dissentientium opinione facit *l. pen. & ult. C. de rescind. vend.* Mulctantur enim illic emtores scientes pretio, quia emerunt lege propter utilitatem publicam venditiones certis personis prohibente. Non etiam multum juvat *l. si fratres* 7. *C. de commun. utr. jud.* quippe quæ scienti quidem actionem in id quod interest aut in duplum ex stipulatu negat, non autem nudam pretii repetitionem. Nec urget denique, quod emtor scienter emens rem jam extinctam ad pretium nihilominus obligetur, & illud jam depensum repetere nequeat, *l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. de contrah. emt.* Etenim, cum quis sciens prudens rem emit alienam, non est præsumendus voluisse pretium donare, sed magis habuisse spem acquirendi dominii, ubi auctor illud acquireret (ita namque vendi res, quas venditor non habet, post certum tempus tradendas, etiam inter mercatores quotidianum est), at si quis emat domum, quam scit exustam esse, præsumi nequit habuisse spem acquirendæ domus, quæ jam esse desierat; ut proinde tali in casu non alia supersit præsumtio, quam quod pretium sponte pro re, quæ non est, nec erit, sed fuit, oblatum donare voluerit, arg. *l. cujus pro errore* 53. *ff. de reg. juris.*

33. Quid vero juris sit si prædium venditum auctoritate Principis publicetur, colligi potest ex iis, quæ tradita in *tit. de peric. & commun. rei vend. num.* 1. *in med.*

34. Denique nec tunc, cum res post venditionem interiit, actioni de evictione locus est, licet de dolo agi possit, si venditoris dolus intercesserit, dum sciens prudens alienam rem vendidit emtori ignoranti, *l. si servus* 21. *pr. ff. h. t. l. si quis tibi* 26. *C. h. t.* junct. *l. servus, quem* 30. §. *de act. emti.* Si tamen etiam rei jam extinctæ intuitu evictio locum habere potuerit, dum forte dolus aut culpa interitui causam præbuit, si quidem emtoris dolus arguatur, & is propterea in rei extinctæ æstimationem evincenti condemnatus sit, nullum adversus venditorem regressum habere potest, cum doli proprii pœnam præstiterit & suus cuique dolus non alteri nocere debeat, arg. *l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tutele & ration. distrah. l. in condemnatione* 173. §. *unicuique* 2. *ff. de reg. juris;* si vero per venditoris dolum, venditione antiquiorem, causa data sit interitui rei, vel venditor liti assistens impedierit, ne res evincenti reddatur, atque ita illa pendente, forte lite emtori mota, apud emtorem perierit, ac ob id emtor in æstimationem fuerit damnatus, etiam de evictione per actionem ex emto vel ex duplæ stipulatione jure experitur; eoque Paulum puto respicere, cum ait, re extincta sententiam tamen in rei vindicatione sequi debere *propter stipulationem de evictione, l. u ique* 16. *ff. de rei vend.*

35. Quod si plures res simul uno pretio sint venditæ, pro numero rerum etiam multiplicatur de evictione obligatio, ac tot dantur de evictione actiones, quot evincuntur species rerum una venditione comprehensarum, *l. cum plures* 72. *ff. h. t.* arg. *l. & si uno* 33. *ff. de act. emti*, &, si una re evicta reliquæ simul uno pretio venditæ adhuc pluris valeant, quam quanti omnes simul, connumerata re evicta, erant distractæ, emtor nihilominus de evictione actionem habet, nec damnum cum lucro compensandum, *l. si duos* 47. *ff. h. t.* Idemque est, si forte, cum fundus centum jugerum venditus traditusque esset, fines longe ampliores monstrati fuerint, ac postmodum evicta parte aliqua, id quod emtori relinquitur, adhuc jugerum centum quantitatem contineat, *l. qui fundum* 45. *ff. h. t.*

TITULUS III.

De Exceptione rei venditæ & traditæ.

SUMMARIA.

1. *Si is, cui res aliena vendita ac tradita, possessionem amiserit, postquam auctor aut qui de evictione tenetur, dominium nactus est, agere potest contra venditorem & tertium possessorem. Cur agat* Publiciana *potius quam rei vindicatione?*
2. *Si emtor rem possideat, venditorem & similes repellit exceptione rei venditæ & traditæ; nisi malit evictionem pati, & post agere de evictione.*
3. *Quibus opponatur hac exceptio? Ubi de auctoris heredibus & successoribus particularibus, & fidejussoribus, & fidejussorum heredibus ex suo vel defuncti capite rem vindicantibus, & crediteribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt.*
4. *Quibus præter emtorem amplius hac exceptio detur?*
5. *Quando cesset hac exceptio?*

1. Quandoquidem confirmato jure alienantis, jus quoque ejus, in quem alienatio inspecto non jure facta erat; primo dominii per venditorem primum quæsiti momento confirmatum fuit,

adeoque dominium et eo tempore emtori primo adjectum, sine facto aut voluntate ejus auferri non potuit, ideo ei ob amissam possessionem adversus venditorem aut tertium possessorem experiundi, & exceptionem, a reo oppositam, dominii acquisiti replicatione elidendi, facultas est, *l. si a Titio 72. ff. de rei vind. l. si a Titio 2. ff. b. t. l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de doli mali & met. except.* In quibus legibus duabus posterioribus cur *Publiciana actio* huic dicatur emtori primo dari, cum tamen dominii replicationem jam possit opponere ex *d. l. 72.* incertum satis; nisi forte id ideo fieri existimetur, quia emtor hic fictum magis quam verum dominium ex confirmato primi venditoris jure videri potest acquisivisse, arg. *l. stipulatio ista 38. §. quæsitum est 4. ff. de verb. oblig.* ficti autem dominii intuitu Publiciana datur, *§. namque si 4. Inst. de action.* unde & forsitan aliis in legibus huic emtori non dominii sed doli exceptio adversus venditorem agentem accommodatur, *l. vindicantem 17. ff. de eviction. l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de doli mali & met. except.* Adde Petrum Barbosam *ad l. Lucius 39. ff. soluto matrim. n. 23.*

2. Quod si emtor rem etiamnum possideat, & hi, qui de evictione conveniri possunt, ad eam evincendam judicio experiantur, in emtoris arbitrio est, an evictionem pati, & re ablata deinceps victorem actione ex stipulatu in duplum, vel ex emto ad id quod interest, convenire velit, an vero malit rem retinere ac venditorem evincere volentem aliosque similes repellere, sive rei venditæ & traditæ, sive doli mali exceptione; quia improbe facit, rem a se distractam evincere ac contra factum suum venire tentat, æquitate scilicet dictante, ut, quem de evictione tenet actio, eundem longe magis agentem repellat exceptio, *l. vindicantem 17. l. 18. l. Seja fundos 73. ff. de evict. l. 1. & passim ff. b. t. l. cum a matre 14. C. de rei vind. d. l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de dol. mal. & met. except. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand.* Caballinus *de evictionib. §. 5. n. 2.* Cujacius *lib. 17. observ. 18.*

3. Opponitur hæc exceptio non tantum venditori primo, sed omnibus illis, qui ab eo causam habentes evincere rem emtori primo annituntur, quales sunt, quibus venditor jam dominus factus eandem rem rursus titulo sive oneroso sive lucrativo concessit, *l. ult. §. pari ratione 1. ff. b. t. d. l. 4. §. 32. ff. de doli mali & met. except. l. si a Titio 2. ff. b. t. l. si a Titio 72. ff. de rei vindic.* Sed & heredi venditoris recte opponitur *d. l. ult. §. pari ratione 1. ff. b. tit.* sive defunctus ipse, dum adhuc superstes erat, dominium adeptus sit, & ex defuncti capite experiri heres cupiat, sive heres ipse rei per defunctam venditæ dominus fuerit, *l. sive possessio 14. C. de eviction. l. cum a matre 14. C. de rei vindic. l. venditrici 3. C. de reb. alienis non alienand. l. 1. §. 1. ff. b. t.* ut tamen posteriore casu non ultra repelli possit heres rem suam vindicans, quam pro qua parte venditori successit, *d. l. cum a matre 14. C. de rei vindic.* Adhæc fidejussoribus, eorumque heredibus, quoties illi ex fidejussoris defuncti persona ac jure rem ab emtore avocare student; non item, si ex suo capite; tunc enim arbitrio eorum leges permiserunt, an rem suam penes emtorem relinquere atque ita de evictione actiones evitare velint, an potius eadem evicta de evictione teneri, dum forte magna in eam ferebantur affectione, *l. ult. C. de eviction.* quod singulare prorsus; cum alioquin ejusdem juris & potestatis esse soleat heres, cujus defunctus fuit. Denique etiam creditoribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt, si deinde in veri domini jus successerint, & ex ejus capite ad rem emtori evincendam contendant, hanc exceptionem opponi posse verius est: licet enim talis creditor de evictione non teneatur, ut alibi dictum, non tamen ipse ad pignoris a se distracti evictionem faciendam admittendus est, ne contra proprium factum venire videatur, *l. 1. Cod. creditorem evict. pign. præstare non debere l. & si is 10. ff. de distract. pign.*

4. Utitur autem hac exceptione in primis quidem emtor, cui res vendita ac tradita fuit, vel vendita quidem, sed non tradita, si modo sine vitio possessionem rei emtor nactus sit, *l. 1. §. ult. ff. b. tit.* ac præterea omnes illi, qui causam ab emtore habent, puta heredes ejus, ipsique etiam successores particulares, in quos ab eo res ex lucrativo vel oneroso titulo translata fuit; adeo ut emtor secundus auctori seu venditori primo eam recte objecerit, *l. ult. ff. b. t.* licet emtor secundus adversus auctorem primum ob rem sibi evictam agere nequeat, nisi actiones contra eum ab emtore primo cessæ sint, *l. si rei, quam 59. ff. de eviction.* legibus scilicet facilius exceptionem atque retentionem, quam actionem indulgentibus.

5. Cessat tamen hæc exceptio, aut saltem replicatione eliditur, quoties in venditore justa vindicandi causa apparet, *l. 1. §. ult. ff. b. t.* veluti, si rem quidem vendi mandaverit, sed prohibuerit, ne traderetur, antequam pretium solutum esset, & tamen mandatarius de pretio fidem habuerit; vel si minoris sit vendita res, quam dominus mandaverat, *l. 1. §. 2. 3. ff. b. t.* aut si venditor rem a se alienatam vindicet ex officii necessitate, non in suam sed tertii utilitatem, puta tutor rem pupilli a se sine decreto distractam, aliique similes, de quibus actum *tit. de rei vind. num. 19.*

LIBER VIGESIMUS SECUNDUS.

TITULUS PRIMUS.

De Usuris & fructibus & causis & omnibus accessionibus & mora.

SUMMARIA.

1. *Quid sint usuræ, quid distent a fructibus, eo quod interest, & pœna conventionali? Usura non ex corporibus sed quantitatibus debentur.*
2. *De divisione usurarum in centesimas & centesimis minores. Quæ fuerit olim usura* unciaria? *quo modo fœneratores olim exactionem iniquam usurarum fecerint? Quæ jure Iustinianeo sint usuræ gravissimæ pro personarum diversa conditione? Quibus in casibus centesima debita? An & si tutores, negotiorum gestores, pecunias in suos usus converterint?*
3. *Quæ nostris moribus sint gravissimæ, quibus in casibus centesima adhuc hodie licita sint? ubi de usuris trapeziticis & vitalitiis, & iis quæ mercatoribus debentur.*
4. *De secunda divisione usurarum in compensationibus, punitorias & lucratorias. Astruitur, usuras modicas neque naturali rationi, neque æquitati repugnare.*
5. *Si usuræ supra modum conventione comprehensæ sint, debentur usque ad modum legitimum, nec pœna in mutuo ultra debetur. Idem est, si per testatorem heredi sunt testamento impositæ. Quæ pœnæ sint improborum fœneratorum?*
6. *Cujus loci leges spectandæ sint circa quæstionem, an usuræ legitimum excedant modum? & quid, si debitum sit munitum hypotheca immobilium alibi sitorum?*
7. *An, & quando usuræ ex pacto peti possint sine stipulatione? & quid moribus?*
8. *An & quales usuræ debeantur, si quis usuras promiserit sine certa quantitatis designatione?*
9. *Si quis mutuum sub usuris acceperit in bonum, maturius reddere nequit, nisi additis anni totius usuris. Quid juris, si ultra annum retineat?*
10. *In bonæ fidei judiciis usuræ debentur ex mora, non item in stricti juris judiciis, exceptis paucis casibus, ac ne quidem post litem contestatam.*
11. *Moribus usuræ regulariter in nullis judiciis debentur ex mora extrajudiciali; at in omnibus ex mora judiciali. Quid juris nunc sit circa usuras rei judicatæ? In quantas usuras ex mora apud nos condemnatio facienda sit? & quid si varient locorum mores circa usuras, cum debitor & creditor in locis diversis domicilium foveant?*
12. *Recensentur casus, quibus usuræ hodie etiam ex mora extrajudiciali debentur.*
13. *An & sola usurarum præstatione per annos plures continuata introducatur obligatio ad usuras in futurum?*
14. *An usurarum minorum solutio pluribus annis continuata liberet in posterum a gravioribus conventione expressis? Et quid juris, si nulla usura ad tempus soluta sint?*
15. *Quibus ex causis cesset obligatio ad usuras? An remittenda ob incursum hostium? & quid si debitum usurarium hypotheca immobilium munitum sit?*
16. *An cesset, quando debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per præscriptionem, extinctum sit, aut judex ad sortem quidem sed non ad usuras condemnaverit?*
17. *An sistatur aut impediatur usurarum cursus sola debiti oblatione, an vero consignatione ac depositione opus sit?*
18. *An cesset ex moribus obligatio usurarum, si pecunia debita per tertium sub debitore arrestata sit? An, si emtor pretium retineat sub obtentu imminentis evictionis?*
19. *An usuræ possint sortem excedere? & quid moribus?*
20. *Prohibitæ usuræ usurarum, & anatocismus. Recensentur casus excepti; ubi de creditoribus posterioribus anteriori hypothecario debitum cum usuris offerentibus; emtoribus aclienis principalis & usurarum jam debitarum, tutoribus usuras pupillares ab aliis vel a semetipsis debitas in suos usus convertentibus, item de procuratoribus id circa usuras a debitoribus domini exactas agentibus; de negotiorum gestoribus, fidejussoribus &c. usuras pro domino de suo solventibus. An ex annuis reditibus jam debitis novus reditus constitui possit?*
21. *Quid sint fructus? Ex quo tempore debeantur ob moram in stricti juris & bonæ fidei judiciis? Ubi latius de fructibus agendum sit?*
22. *Quid sit* causa?
23. *Quid sit* accessio?
24. *Quid* mora? *Quo modo eam committat creditor? Quis definire debeat, an mora facta sit?*
25. *Quotuplex sit mora? Quid sit mora ex* persona? *An per unam interpellationem inducatur? Quid si non ipsi debitori, sed procuratori aut alteri simili denunciatio facta sit?*
26. *Quid sit mora* ex re? *Diei certi lapsus interpellat pro homine, non item existentia diei incerti aut conditionis.*
27. *Recensentur casus in quibus lex inducit moram* ex re?
28. *Quis sit effectus moræ tum debitoris tum creditoris? An mora unius noceat alteri? An correo debendi? An fidejussori?*
29. *Quibus ex causis quis excusatur a mora? An difficultas præstationis rei, quæ debita, excuset a mora?*
30. *Quibus modis purgetur mora? Ubi de novatione, remissione, mora posteriore, & de casu, quo creditor die obligationi apposito non venit ad locum, in quo solutio facienda.*
31. *Quando moræ purgatio fieri nequeat? Ubi de mora in lege commissoria, in canonis præstatione, in implendo eo, quod sub pœna conventionali agendum erat; item de locatore post moram offerente usum rei locatæ.*

1. QUamvis & usurarum, & accessionum aliarum, & probationum præsumtionumque ingens in jure usus sit, ideoque dignæ singulæ, quæ prolixius

exprimantur; quia tamen per omnes prope jurisprudentiæ nostræ partes dispersæ sunt, atque adeo plura de hisce in præcedentibus jam tradita ac sequentibus in libris etiamnum tradenda erunt, breviore harum materiarum tractatione defungi me posse in præsenti confido. Usura, ab usu dicta, proprie est quantitas sorti seu principali debito quantitatis accedens, ac consistens in re ejusdem generis, *l. frumenti* 12. *l. olei* 23. *C. h. t.* & a fructibus in specie sic dictis distinguitur, licet & ipsa fructus civilis sit, ac vicem fructuum obtineat, *l. usuræ vicem* 34. *ff. h. t. l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* nec ex corporibus, sed tantum ex rebus fungibilibus seu quantitatibus deberi percipique potest. Unde & in casu, quo aurum vel argentum factum per fideicommissum relictum erat, & in eo præstando mora intervenerat, ac tractabatur, an usurarum ratio habenda esset, Papinianus respondit, si quidem defunctus materiam illam ideo reliquerit, ut, ea distracta, pecunia inde refecta ex fideicommisso solveretur, non oportere frustrationem impunitam esse; si vero ea mente reliquerit, ut his vasis uteretur fideicommissarius, non sine rubore desiderari usuras, ideoque nec exigi, *l. in fideicommiss.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Nec est, quod objicias, etiam statuarum debitarum nomine, proque auro, & argento & veste usuras deberi, *l. cum quidam* 17. §. *ult. ff. h. t. l. pro auro* 25. *C. h. t.* quamvis enim in *d. l.* 17. §. *ult.* heres ad statuas aut imagines ponendas a testatore damnatus esset, tamen non ante ad usuras incepit obligatus esse, quam ex quo propter moram factum illud positionis imaginum per præsidis officium ac auctoritatem, rescriptis principalibus ei concessam, in quantitatis pecuniariæ debitum conversum fuit, ut patet ex ipsa *l.* 17. §. *ult. ff. h. t.* & apertius ex *l. si legatum* 5. *ff. de operibus publicis.* Et quod attinet *d. l.* 25. *C. h. t.* accipi ea commodissime potest de casu, quo in auro argento ac veste quasi ususfructu constituto, fructuarius æstimatis hisce rebus cavet de tanta pecuniæ quantitate reddenda, ubi morietur aut capite minuetur, ex præscripto §. *constituitur* 2. *Inst. de usufructu*, & *l. si vini* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* ac de eo chirographum facit cum promissione usurarum in casum moræ. Adde *tit. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. n.* 4. Differt autem usura ab eo quod interest, quod plane incertum & arbitrio judicis determinandum, *l. si commissa* 13. *ff. rem ratam haberi*, *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod certo loco*, ac ex mora debetur in omni negotio tum bonæ fidei tum stricti juris, *l. quod si Ephesi* 4. *ff. de eo quod certo loco.* Distat & a pœna conventionali, quæ statim tota debetur ex mora; cum contra pro rata temporis increscant usuræ.

2. Dividitur usura in centesimam, & minorem; centesima est, quæ centesimo mense sortem æquat, quam & drachmalem Græci dixerunt, in quantum singulis mensibus pro usu *mina* pendebatur *drachma*, quæ centesima *mina* pars erat. Centesima minor multiplex est, & habita relatione ad centesimam, velut assem, alia bessalis, alia triens, semis, quincunx, quadrans, &c. appellatur, *l. eos, qui* 26. *C. h. t.* unde & Paulus ait, usuras Reipublicæ *usque ad tertiam centesimæ pendi*, *l. cum quidam* 17. §. *ult. ff. h. t.* An autem hæc usura centesima censenda sit eadem cum usura *unciaria*, cujus Tacitus meminit ex *l.* 23. tabularum, *lib.* 6. *annal. cap.* 16. & Scævola in *l. Titium* 47. §. *præfectus* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* an potius per *unciariam* usuram antiquam designata fuerit duodecima usurarum centesimarum pars, adeoque levissima, incertum satis. Pro posteriore sententia multis disputat doctissimus Johannes Fredericus Gronovius *de pecunia veterum, lib.* 3. *cap.* 13. & *in antexegesi prima ac secunda de fœnore unciario & usuris centesimis.* Fœnus certe vetus urbi malum, & ex fœneratorum improborum avaritia populo grave fuisse, legibusque publicis identidem circumscriptum usurarum modum corruptelis contrariis mox violatum fuisse, ac repertos qui duplicatas centesimas, quin & quaternas centesimas in conventionem deducebant, ex Cicerone aliisque constat, ac plenissime tradit Gronovius *d. locis*, Molinæus *de usuris in princ. n.* 41. 42. 44. Rosinus *antiquit. Roman. lib.* 8. *cap.* 20. Pro instituti nostri ratione observasse sufficerit, Justinianeo jure usuram gravissimam fuisse centesimam, eamque non promiscue, sed certis tantum in casibus permissam, de cetero maximam mercatoribus & argentariis fuisse bessalem, illustribus trientem, vulgo semissem, *l. eos, qui* 26. §. 1. *C. h. t. novell.* 1. 6; *cap. quia vero* 4. 5. Centesima autem probata fuit in nautico fœnore seu trajectitia pecunia, & in speciebus id est rebus fungibilibus extra pecuniam numeratam mutuo datis, *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* (licet jure novissimo ex speciebus etiam paulo amplius quam centesima in conventionem deduci potuerint, puta pro modii usu in annum octava modii pars *nov.* 34.) Adhæc ex rebus fungibilibus, in quas reus condemnatus, si intra quatuor menses judicato non satisfaciat, *l.* 2. 3. *C. de usuris rei judicatæ.* Quibus nonnulli ex jure Romano addunt tutores & negotiorum gestores, qui domini absentis aut ignorantis pecuniam, aut pupillarem, in suos converterunt usus, arg. *l. non existimo* 54. *ff. de admin. & peric. tut. l. qui sine usuris* 38. *ff. de negot. gestis.* Quod tamen vix probandum videtur, cum usura maxima in tutoribus in suos usus convertentibus eadem sit cum usura *legitima*, qua scilicet majorem pacisci in eo negotii genere permissum non est, *l.* 1. *C. de usuris pupillaribus*, qualis legitima secundum jus novissimum vulgo non potest semissem excedere, *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* ut proinde per *maximas* usuræ *semisses* intelligendæ sint; prout etiam in Basilicis *lib.* 38. *t.* 17. *in princ.* sensus *d. l.* 1. *C. de pupillaribus* ita proponitur, ut, *legitimæ* per *semisses* explicentur: nec id sine ratione, cum Ulpiano quoque, qui Alexandro auctori *d. l.* 1. coætaneus fuit, hoc ita placuisse videatur, dum tutori pecunias pupillares in suos usus convertenti *legitimas* usuras imponens, subjungit, *eum ex ceteris causis secundum morem provinciæ præstiturum usuras aut quincunces aut trientes; aut si qua alia leviores in provincia frequententur*, atque ita legitimas non illis opponit, quæ centesimis, sed quæ semissibus minores erant, quincunces puta, aut trientes aut leviores, *l. tutor, qui repertorium* 7. §. *quæ autem* 10. *ff. de admin. & peric. tut.* Et quamvis ei, qui in ædium sibi cum alio communium refectionem de suo impendit, ex Imperatoris Philippi constitutione licuerit centesimas impenditorum usuras a socio repetere, *l. si ut proponis* 4. *C. de ædific. privatis*, id tamen per *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* generaliter usuras extra casus exceptos ad semisses coarctantem, abrogatum fuisse, verius est.

3. Sciendum interim, moribus nostris usuras vulgares annuatim ascendere non posse ultra decimam sextam sortis partem, quoties in sortis securitatem pi-

gnus constitutum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 29. ibique Groenewegen *in notis*, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 64. & 68. usuras vulgares pignore non munitas ad septem aut octo annua ex centum, Jacob. Coren *observ.* 4. Groenewegen *ad l.* 26. §. 1. *C. h. t.* sed usuras trapeziticas ex privilegio non esse adstrictas juri communi usurarum modum statuenti; si modo mensæ fœnebris intuitu ac more, non item si aliter, a mensulariis contractum sit. Neostadius *curiæ supr. decis.* 3. vitalitias quoque usuras seu reditus hac vulgata quantitatis usurariæ definitione haud comprehendi, Andr. Gayl: *lib.* 2. *observ.* 8. atque insuper ex edicto Caroli V. mercatoribus concessam fuisse usuræ centesimæ conventione expressa exigendæ facultatem, 4. *Octobr. anni* 1540. *art.* 8. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 317. Et hoc nititur fundamento, quod is, cui *assecuratio* facta est, quique ex ea causa fiduciariæ solutionis decretum impetravit, cavere teneatur, se soluta cum usuris centesimis restituturum, si per definitivam victus fuerit. *Ordonnantie van Assurantien va Amsterdam art.* 33. quodque generaliter ob moram in solvendis iis, quæ assecurationis intuitu ultro citroque ab assecurante aut assecurato debita, in usuras centesimas condemnatio fiat. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 24. *n.* 34. Extra quos casus peculiares mercatorum causa usurarum intuitu a conditione reliquorum, mercaturam haud exercentium, separanda non est, Groenewegen *ad Grotii manud. jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 29. et *ad. l.* 26. §. 1. *C. h. t. num.* 2. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 2. Appendix decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 8. *in fine*.

4. Præter hanc primam usurarum divisionem altera a DD. concepta fuit, qua aliæ compensatoriæ, aliæ punitoriæ, aliæ lucratoriæ dicuntur. Compensatoriam appellant, quæ creditori præstatur ratione ejus quod creditoris interest, sua pecunia caruisse, quasi merces pro usu rei fungibilis, adeoque in compensationem lucri, quod ex proprio pecuniæ usu potuisset percipere. Punitoria est, quæ præstatur ob moram a debitore in solvendo commissam, *l. cum quidam* 17. §. *si pupillo* 3. *in fine*, *l. mora fieri* 32. §. *in bonæ* 2. *ff. h. t. l. quæro* 54. *ff. locati*, *l. lecta* 40. *ff. de rebus creditis*. Lucratoriam quidam dixerunt, quæ ex mero mutuationis officio contra naturam contractus lucrum facit, seu ex mutuo, cujus natura est ut sit gratuitum, percipitur. Wesembecius *paratitl. ad Pand. h. t. num.* 5. Sed cum in mutuo, quod gratis datur, beneficium a mutuante præstetur mutuatario per concessionem usus nummorum, æque ac commodans præstat commodatario per datum rerum non fungibilium usum, & usuris præter naturam negotii in conventionem deductis, mutuum tantum desinat beneficium esse, magis est, ut usuras ex mutuo ad justum modum percipiendas compensatorias esse dicamus, quippe cedentes in compensationem lucri, quod pecuniæ dominus ex usu ejus quærere sibi potuisset. Ac proinde rectius illas demum usuras lucratorias appellaverimus, quæ illicitæ ac mordaces sunt, dum legitimum, id est publicis legibus definitum egrediuntur modum, ac iniquitatem acerbitatemque exigendi habent. Moderatæ certæ usuræ pro pecunia mutua data ex conventione præstandæ neque juris naturalis principiis aut æquitati, neque æqualitati in contractibus observandæ repugnant, uti perperam nonnullis visum. Constat enim, liberum fuisse nummorum domino, prædium inde rusticum comparare, atque ex eo fructus colligere, aut urbanum emere, eoque uti, vel utrumque tam urbanum, quam rusticum, alteri certa mercede utendum concedere; liberum quoque fuisse, merces venales ex ea pecunia sibi acquirere, cum lucro rursus aliis vendendas. Dum ergo per mutuum concesso alteri nummorum suorum usu, sese lucri superioris varie captandi facultate privat, aliisque lucrandi præbet occasionem, quidni vicissim ab iis jure paciscatur usuram legitimam, eamque certam, incerti lucri, sed tamen pretio certo æstimari soliti, vicem suppleturam? Spem sane incertam certo acquiriri pretio, jus naturæ ac leges permittunt; nec aliud certa paciscuntur mercede coloni, quam incertum fructuum nasciturorum proventum, non aliud nisi spem fallacem, qui jactum futurum retis a piscatore emunt, aut indaginem plagis positis a venatore; ad pretium præstandum & tunc obstricti, cum nihil omnino aut parum interceptum est. Nec est, quod quis obtendat, sterilem natura pecuniam esse, ideoque nec fructum inde oportere sperari: quæ enim natura sterilis est, usu tamen hominum fertilis est reddita; adeo ut & in pecunia numerata ususfructus ex Senatusconsulto constitui possit; neque absurdum, pro usu rei natura fructum haud ferentis, solvi pretium usus ab eo, cui is in tempus conceditur: nam & domus & statuæ & imagines & supellex & alia plura nullum naturaliter fructum ferunt. Quemadmodum ergo in horum omnium usu utilitas quædam est, quæ mercede, certa usui conveniente ex more hominum ac regionum æstimatur; ita quoque pari ratione, postquam in commerciorum commodum inductus fuit nummorum usus, non iniquum fuit, pro concesso aliis eorundem usu certam quandam domino concedenti pendi quantitatem, usuram appellatam, velut mercedem usus dati. Et quamvis in mutuo transeat in accipientem dominium datorum, ideoque nec æquum videri posset ex aliena re fructum capi, considerandum tamen, non alium transeuntis dominii scopum esse, quam ut mutuatarius usum pecuniæ, in abusu seu expensione consistentem, exercere possit; de cetero post tempus eandem redire pecuniam, id est, ejusdem quantitatis, quæ sola quantitas in nummis qua talibus spectatur, perinde uti rerum non fungibilium redit usus ad locatorem; adeo ut nihil re ipsa intersit, utrum domus locata, an mutui nummi suo tempore revertantur aliis similibus nummorum corporibus, quæ restituuntur, per omnia fungentibus datorum vice. Confer Hug. Grotium *de jure belli ac pac. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 20. & *in manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 22. & *seqq.* & quos magno numero citat Groenewegen *ad rubric. C. h. t.* Neque hic usurarum legitimarum seu modicarum perceptioni repugnat jus divinum, uti post alios plenius docet Hahnius *ad Wesembecii paratitl. Pand. h. t. num.* 5. (*)

(*) Nihil vulgatius quæstione illa diu vexata de illicitis licitisve usuris; Usuras alias compensativas, alias punitivas, alias mere lucrativas optimo jure distinxit Auctor; & quidem compensativas sive lucri

5. Quod si usuræ supra modum legitimum in conventionem deductæ sint, non plane inutilis est usurarum vel promissio vel præstatio, sed tantum id, quod legitimum excedit modum, si quidem solutum sit, vel restituendum foret, vel sorti imputandum, salva manente licitarum retentione & exactione; ne utile per inutile vitietur, ubi ab inutili potest separari, *l. placuit* 29. *ff. b. t.* Andr. Gayl *l.* 2. *observ.* 4. Neostadius *curiæ supr. decis.* 3. Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 14. *defin.* 7. Jacob. Coren *observ.* 4. sive palam usuræ majores, quam par est, conventione comprehensæ sint, sive per interpositas personas id actum fuerit, dum forte illustris per mercatorem fœnus exercens bessales stipulatur; qui suo ex capite non nisi trientes consequi potest, *l. eos, qui* 26. *in fine C. b. t.* sive etiam in casum moræ, in mutuo reddendo committendæ, pœnam quis stipulatus sit, quæ legitimam egreditur usurarum quantitatem, arg. *l. dum non frumentum* 16. *C. b. t.* Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. par.* 5. *vol.* 1. *pag.* 16. Et usque vero hæc vera sunt, ut, licet ultimarum voluntatum favore multa testatoribus a jure permissa sint, tamen hi heredem damnare non potuerint ad usuras legitimis majores ob moram in legatis certæ quantitatis commissam præstandas, *l. si legatum* 3. §. *ult. ff. de annuis legatis.* Interim improbos fœneratores infamia notatos fuisse, patet ex *l. improbum* 20. *C. ex quib. caus. infam. irrog.* ac tum ex lege duodecim tabul. tum ex Theodosii constitutione in quadruplum damnandos fuisse, evidens est ex *l.* 2. *Cod. Theodos. de usuris,* et Jacobi Gothofredi ibidem adnotatis: adhæc criminibus extraordinariis, & quidem crimini stellionatus, improbum fœnus accenseri, plures volunt, licet alii id negent. Vide Ant. Matthæum *de crimin. lib.* 47. *tit. ult. cap.* 6. Carpzovium *pract. crimin. part.* 2. *quæst.* 92. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 208. et *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 169.

6. Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci, in quo contractus celebratus est, spectanda videtur in quæstione, an moderatæ an vero modum excedentes usuræ per conventionem constitutæ sint. Dummodo meminerimus, illum proprie locum contractus in jure non intelligi, in quo negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit, *l. aut ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. exigere* 65. *ff. de judiciis.* Modo etiam bona fide omnia gesta fuerint, nec consulto talis ad mutuum contrahendum locus electus sit, in quo graviores usuræ, quam in loco, in quo alias contrahendum fuisset, probatæ inveniuntur, arg. *l.* 1. *ff. b. t. l. si fundus* 6. *ff. de evictión. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur. l.* 1. §. *in honorariis* 10. *ff. de extraord. cognit.* Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 8. *n.* 5. 6. etiamsi de cetero hypotheca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco sita sit, ubi solæ leviores usuræ permissæ; cum æquius sit, contractum accessorium regi ex loco principalis negotii gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est. Burgundus *ad consuet. Flandr. tract.* 4. *num.* 10. Ant. Matthæus *de contractib. disput.* 35. *th.* 9.

7. Debentur usuræ vel promissæ vel non promissæ. Promissæ regulariter secundum jus Romanum non aliter peti potuerunt in stricti juris judiciis, quam si in stipulationem deductæ fuissent; nam si pacto tantum comprehensæ essent, solutarum quidem tanquam naturaliter ex pacto debitarum retentio permissa fuit, uti et retentio pignorum pro usuris ita promissis obligatorum; ut petitio seu exactio usurarum non item, *l. quamvis usuræ* 3. *l.* 4. *l. crediter* 7. *l. pignoribus* 22, *C. b. t. l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act. l. Titius* 24. *ff. de præscript. verbis,* nisi res aliæ præter numeratam pecuniam mutuo datæ fuissent, *l. frumenti* 12. *C. b. t.* vel usuræ civitati ex pacto promissæ, *l. etiam* 30. *ff. b. t.* vel fisco, *l. Herennius* 43. *ff. b. t.* argentariis, *novell.* 136. *cap. insuper* 5. vel ex trajectitia pecunia, *l. periculi pretium* 5. §. 1. *l. in quibusdam* 7. *ff. de nautico fœnore.* Quarum exceptionum ratio respectu quidem civitatum, fisci, trajectitiæ pecuniæ, & argentariorum, petenda videtur ex speciali favore fisci, civitatum, utilitatis etiam publico obvenientis ex negotiatione maritima, nec non necessario argentariorum usu: quippe quorum officium ac ministerium publicam causam habebat, uti mensa publicam fidem, *l. argentarius* 10. §. *ideo* 1. *ff. de edendo, l. si ventri* 24. §. *in bonis* 2. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. l. si hominem* 7. §. *pen. & ult. l.* 8. *ff. depositi.* Hordei vero vel frumenti intuitu id ita placuisse probabile est, quia plerumque illud mutui genus inter rusticos, stipulationum & formularum imperitos, magisque simplicitati ex jure gentium in pactis spectandæ studentes, celebrari solebat. Nam quamvis incerti pretii ratio induxerit, ut in fructibus mutuo datis additamentum usurarum ejusdem materiæ admitteretur, *l. oleo* 23. *C. b. t.* non tamen etiam, ut illud ex pacto peti posset. Sed cum moribus hodiernis generaliter ex nudo pacto actionem dari tralatitium sit, ut dictum *t. de pactis,* consequens est, parum nunc interesse, utrum pacto an stipulatione usuræ promissæ sint, ad id, ut exactio earum fieri possit. Groenewe-

---

cessantis, sive damni emergentis, sive perieuli proximi Juris utriusque Consulti licitas docent; addunt & licitas quoque, punitivas moræ culpabilis in pactum deductae, modo non excedant culpae gravitatem, nec in fraudem inducantur; at suere lucrativas, quibus exigendis nulla suppetit caussa, nullus titulus, nulla ratio, sed lucri cupido tantum praesto sit, licitas jure quis dixerit, cum nullum jus in hypothesi suffragetur? Leges Imperiales, id eo totae fuerunt, ut cupiditatem lucri si minus extinguerent, minuerent tamen ad offensionem justitiae publicae vindicandam. At Canones e regione in id intenti semper fuere, ut cupiditatem hanc non circumscriberent, sed extirparent prorsus atque abigerent; hinc leges quavis aetate Usuras contrahunt plus minus variantque; at Canones quavis aetate non contrahunt, sed prohibent, atque omne sortis augmentum e medio tollunt. Videre id licet ad oculum, collatia quovis seculo Legum et Canonum statutis: cum non omne mutuum careat titulo, nec omnia contractus sit mutuum, hinc et extra mutuum et in mutuo ipso non vi mutui sed alterius tituli, augmentum sortis est licitum; in quo tantum locum habet quod Auctor disserit.

gen *ad l.* 22. *C. b. t.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 17.

8. Quod si usuræ in conventionem quidem deductæ sint, sed sine certa quantitate; etsi nonnullis placuerit, nihil inde peti posse; magis tamen est, ut tum jure Romano, tum præcipue hodierno ad eam quantitatem obligatio usurarum contracta intelligatur, quæ ex more regionis, in qua conventio celebrata, præstari solet: eo quod secundum Ulpianum *semper in stipulationibus & in ceteris contractibus sequimur quod actum est, aut si non pateat quid actum sit, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur, & si neque regionis mos appareat, quia varius fuit, ad id, quod minimum est, redigenda summa est, l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. juris*, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 14. *defin.* 5. Groenewegen *ad l.* 31. *ff. b.* 1. Nec huic contrarium est, quod idem Ulpianus habet, *quod in stipulatione sic adjectum est*, usuras, si quæ competierint, *nullius esse momenti, si modus certus non adjiciatur, l.* 31. *ff. b.* 1. Cum illic stipulatio concepta non sit de usuris in futurum præstandis, sed de præteritis, iisque non certo debitis, sed incertis, puta, *si quæ competierint*, ut proinde mirum non fuerit, nihil ex illa stipulatione incerta peti, quamdiu de debita certa usurarum quantitate probatum non est. Non etiam adversatur *l. tutor* 41. *§. ult. ff. t.* ubi Modestinus respondit, ex formula, *scripsi me accepisse & accepi ab illo mutuos & numeratos decem, quos ei reddam Calendis illis proximis, cum suis usuris placitis inter nos*, usuras peti non posse, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit. Considerandum enim, non fuisse ibi simpliciter de præstandis usuris conventionem interpositam, sed certam usurarum quantitatem placito partium fuisse definitam; cumque scriptura de ista conventione deinceps concepta esset, nec tamen instrumento inserta appareret usurarum quantitas placito partium determinata, non potuit ex illo instrumento usurarum petitio moveri, nec debitor in usuras ex more regionis præstari solitas damnari, tum, ne forte vel in minus vel in plus, quam placuerat, condemnatio sequeretur, tum quia illa obligatio ad usuras ex more regionis præstandas tantum usum invenit, cum inter contrahentes nihil certi circa usurarum quantitatem conventione constitutum est. Dissentit Donellus *ad l.* 3. *C. b. t. n.* 2. 3. 4. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 273.

9. Quisquis autem mutuam pecuniam in annum accipiens, se sortem cum usuris anno elapso restituturum promisit, maturius sortem reddere non potest, nisi additis simul anni totius usuris, nec liberari potest, eas solvendo pro rata temporis, quo forte usus est, cum pecuniæ fœnebri dies appositus initio saltem inspecto magis in creditoris gratiam videatur additus: contra quam in gratuito pecuniæ usu concesso dicendum foret. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 51. Groenewegen *ad l.* 122. *ff. de verb. oblig.* Adde *tit. de reb. creditis n.* 20. Plane si ultra anni spatium retineat debitor usum sortis, etiam pro rata temporis usurarum conventarum cursus perdurat; eo modo, quo in rerum non fungibilium locatione post finitum primum locationis tempus ex tacito contrahentium consensu locatio cum onere ejusdem mercedis continuata intelligitur, juxta *l. item quæritur* 13. *§. ult. ff. locati*, cum usura nihil aliud sit, quam merces quædam pro temporario nummorum usu pendenda, ut supra dictum. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 10. *defin.* 5. Groenewegen *ad l.* 7. *C. b. t.* Leeuwen *cens. forens. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 24. *def.* 1. Sande *dec. Fris. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4.

10. Hactenus de usuris promissis: non promissæ debentur ac peti possunt ex mora in bonæ fidei judiciis, sive mora ex re fuerit, sive mora ex persona, *l. mora fieri* 32. *§. in bonæ* 3. *ff. b. t.* junct. *l.* 1. *§.* 1. *ff. b. t. l. curabit* 5. *C. de act. emti, l. initio* 5. *C. de pactis inter emt. & vendit.* cum constitutum sit, in bonæ fidei judiciis, quantum ad usuras attinet, ut in eas fiat condemnatio, tantundem posse officium arbitri, quantum stipulatio, *l. Lucius Titius* 24. *ff. depositi.* In stricti juris judiciis eas neque ex mora extrajudiciali, neque ex mora judiciali, adeoque nec post litem contestatam deberi verius est, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* arg. *l. quamvis usuræ* 3. *C. b. t. l. Titius* 24. *ff. de præscript. verbis, l. idemque* 10. *§. si quis Titio* 4. *ff. mandati*, nisi in solvendis legatis aut fideicommissis, quæ actione ex testamento stricti juris petuntur, mora intervenerit, *l. in fideicommissi* 3. *§. ult. l. usuræ vicem* 34. *ff. b. t.* vel in judicato satisfaciendo ultra quatuor menses a lata sententia, *l. eos, qui* 2. & 3. *C. de usuris rei jud.* (in quo tamen aliud moribus nostris obtinere, monetur *in seqq. b. t. num.* 11.) vel fisco quantitas debeatur, *l. cum quidam* 17. *§. fiscus* 5. *ff. b. t.* Nec his adversatur, quod Paulus libro quinquagesimo septimo ad edictum scripsit, *lite contestata usuras currere, l.* 35. *ff. b.* 1. sensus enim est, usurarum ante vel ex conventione, vel ex mora in bonæ fidei judicio, inductum cursum non sisti per subsecutam litis contestationem; quod & a Pomponio non obscure traditum in *l. cum stipulati* 90. *ff. de verb. obligat.* Quamvis enim per novationem ex partium libera voluntate interpositam usuræ currere desinant, teste eodem Paulo, *l. novatione* 18. *ff. de novation*, non tamen ita per novationem illam, quæ ex necessitate per litem contestatam fiat, quia non solet deterior fieri conditio illorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior, *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de reg. juris.* Neque improbabile, verba *d. legis* 35. & *d. l.* 18. continuata serie a Paulo fuisse scripta, hoc modo, *novatione legitime facta liberantur hypotheca & pignora, usuræ non currunt, l.* 18. *at lite contestata usuræ currunt, l.* 35. utraque certe Pauli est, utraque ex *libro* 57. ad edictum deprompta. Nec novum, ita necessariæ ac voluntariæ novationis differentes effectus, continuata serie in jure proponi: nam & Ulpianus circa pignoris liberationem scripsit, *solutum non videri, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit: novatam autem debiti obligatione pignus perimere, l. solutum* 11. *pr.* & *§.* 1. *ff. de pignor. act.* & ipsum quoque Paulum alibi eadem methodo in enarrandis voluntariæ ac necessariæ novationis differentiis processisse, patet ex *l. aliam causam* 29. *ff. de novation.* Non etiam obstat, quod fructus post litem contestatam debentur in stricti juris judiciis, usuræ autem vicem fructuum obtinent, & merito a fructibus non debent separari, *l. videamus* 38. *§. si actionem* 7. *ff. b. t.* junct. *l. usuræ vicem* 34. *ff. b. t.* Etenim, licet in eo tertio cum

fructibus usurae comparentur, quod ex mora debeantur in bonae fidei negotiis, uti ipsa *l.* 34. aperte significat, in ceteris tamen, atque adeo etiam in stricti juris judiciis, dispar ratio est. Minus urget, quod in stricti juris contractibus post litem contestatam omnis causa restituenda sit, seu id omne quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutio facta fuisset *l. cum fundus* 31. *ff. de reb. creditis*. Non enim sub causa continentur usurae, de quibus certo asseri nequit, actorem eas post litem contestatam fuisse percepturum; cujus rei argumentum est, quod licet malae fidei possessor omnes fructus, etiam consumtos ac percipiendos, quos petitor honeste percipere potuisset, reddere domino vindicanti teneatur, *l. si navis* 62. §. 1. *ff. de rei vindic.* tamen ex pecunia, quam non attigit, seu qua usus non est, ad usuras condemnandus haud sit, *d. l.* 62. *pr. ff. de rei vind. l. item veniunt* 20. §. *Papinianus* 14. *ff. de pe.it. hered.* idque quia fructus sine suo poruit periculo percipere, dum res, ex qua fructus colliguntur, domini periculo est; sic, ut usuras percipiat, sortis periculum subire deberet, cum pecunia periculo dantis foeneretur, *d. l.* 62. Adde *tit. de pe.it. hered. num.* 15.

11. Nostris vero moribus, quibus magna ex parte non ita anxie servantur illae, quae ex jure civili inter bonae fidei & stricti juris judicia inductae fuerant differentiae, regulariter ex sola mora extrajudiciali usurae nec in bonae fidei nec in stricti juris negotiis adjudicandae sunt; post litem vero contestatam utrobique omnino Groenewegen *ad l.* 37. 32. *de neg gestis*, & *ad l.* 11. *C. de contrah. & commit. stipulat.* Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 9. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 33. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 30. *defin.* 17. Plane, si sententia judicis condemnatio ad usuras comprehensa non sit, neque statim a lata sententia, neque post lapsum mensium quatuor, usurae nunc currere incipiunt, sed demum, si dilata intra annum fuerit executio sententiae, & ob id reus condemnatus iterum ex more vocatus fuerit ad id, ut videat, nova executionis mandata contra se decerni, Neostadius *curia supr. decis.* 32. Groenewegen *ad l. ult. C. de usuris. rei judicata*, Leeuwen *cent. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 33. *num.* 5. Quantitas autem usurarum, in quas ex mora judiciali condemnatio fit, videtur definienda ex more regionis, arg. *l. cum servus* 39. §. *fructus* 1. *ff. de legatis* 1. *l.* 1. *ff. h. t. l. tutor, qui* 7. §. *quae autem* 20. *ff. de admin. & peric. tut.* & quidem penes nos praecipue ex illo usurarum modo, quem respublica nomine sortium debitarum promittere ac solvere consuevit. Unde licet eo tempore, quo Groenewegius & alii scripserunt, in quincunces usuras ex mora judiciali rei soliti fuerint condemnari, quia & tantae per aerarium publicum tunc pendebantur; tamen quia nunc solae trientes solvuntur a Republica, etiam in eas tantum, velut in regione maxime frequentatas, condemnationem sequi, aequum videtur. Vide Groenewegen *ad l.* 26. §. 1. *h. t.* Quod si debitor ac creditor diversis in locis, vario circa usurarum quantitatem jure utentibus, domicilium foveant; magis est, ut in adjudicandis ex mora usuris mos servetur loci illius, in quo debitor commoratur, & in quo maxime ad solvendum id, quod debetur, conveniri ac compelli potest, arg. *l. tutor, qui* 7. §. *quae autem* 10. *in fine ff. de admin. & peric. tut.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *q.* 9. nisi alius solutioni faciendae locus expresse vel tacite obligationi adjectus sit, arg *l. at ubi quique* 3. *ff de eb. auctoris. jud. possid. l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act.*

12. Sunt tamen casus nonnulli, in quibus etiam secundum usum fori hodiernum ex sola mora extrajudiciali reus ad usuras condemnari potest; puta, si ex causa negotiationis majoris seu mercium non minutim sibi venditarum ac traditarum debens, morator extiterit, aut, cum ex more mercatoribus frequentato ultro citroque plura deberentur, frustratoria dilatione is, qui major est debitor, pariationem ad dignoscendam residui debiti quantitatem facere tergiversatus est, Groenewegen *ad Grotium manud. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 73. Responsa Jurisc. Holl *par.* 1. *cons.* 303. *in fine*, Adde Molinaeum *de usuris n.* 543. & generaliter, si emtor sit in mora solvendi pretii post terminum solutioni praefinitum, licet neque de usuris praestandis quicquam convenerit, neque ex re vendita tantos fructus perceperit aut potuerit percipere, quantum usurarum nomine ex more regionis solvendum est: cum aequitas non patiatur, eundem emtorem eodem tempore & fructus rei & usuras pretii sibi lucrari, *l. curabit* 5. *C. de act. emt. l. Iulianus* 13. §. *veniunt* 20. & 21. *ff. de act. emt. l. usuras emtor* 2. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 6. *in fine.* Molinaeus *de usuris n.* 551. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *const.* 30. *defin.* 6. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 8. Groenewegen *ad l.* 12. *C. de contrahend. & commit. stipul.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 14. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 411. Quin &, si emtor rei venditae evictionem passus sit, non ad pretii tantum soluti restitutionem recte egerit, sed & ad usuras ejus a tempore factae evictionis, Neostadius *curia supremae decis.* 63. Adhaec in legatorum ac fideicommissorum persecutione, idque favore ultimarum voluntatum, quas exitum sortiri publice interest, *l. vel negare* 5. *ff. testam. quemad. aper. inspic. & descr.* Groenewegen *ad l.* 1. *C. de usuris & fructibus legatorum.* Idemque pupillorum & similium personarum miserabilium favore obtinere volunt convenienter Romani juris principiis, si tutor, curator, Ecclesiae oeconomus aliique similes pupillorum, aut adultorum, aut Ecclesiae ac piorum locorum pecunias in suos usus converterint. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. & *par.* 4. *consil.* 317. de quibus plenius suis locis. Denique etiam in actuario seu graphiario, qui nummis apud se publice depositis usus est, Groenewegen *ad l.* 2. & 4. *C. depositi*.

13. Nuda autem usurarum praestatio per annos plures continuata, sine praecedente alia obligationis usurariae causa, non inducit obligationem ad eas in posterum praestandas; *l. creditor* 7. *C. h. t. l. si certis* 28. *C. de pactis*, Menochius *de praesumt. lib.* 3. *praes.* 131. *num.* 54. Neostadius *de pact. antenupt. observ.* 21. *in notis in fine.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4. Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 7. Quibus contradicere prima specie videtur Papinianus in *l. cum de in rem verso* 6. *ff. h. t.* sed penitius considerata lege, apparet, non illic de eo quaestionem esse, an usurae in posterum solvendae essent, sed potius, per quem. Filius nempe eas promiserat; pater longo tempore solverat; ex ea solutione diutius per patrem continuata praesumtio nascebatur, sortem, cujus intuitu

usuræ & promissæ & solutæ fuerant, in rem patris fuisse versam, indeque concluditur, recte per actionem de in rem verso heredes patris a creditore conveniri. Juvatque hanc interpretationem ejusdem *legis textæ paragraphus prima*, principio cohærens, in quo itidem non quærebatur, an usuræ dotis aut dos ipsa esset debita, sed a quo, & definitur, filiæ Flavii Athenagoræ, cujus bona publicata erant, de fisco decem millia dotis nomine numeranda esse ideo, quia pater, qui ad dotem filiæ dandam ex officio paterno obligatus erat, illius quantitatis usuras ipse solverat. Cum enim alioquin dubium sæpe esset, an pater dotem filiæ constituens, eandem de suis an magis de filiæ bonis videretur constituisse; secundum ea quæ occurrunt in *l. ult. C. de dotis promissione*, nunc ex eo, quod pater dotis promissæ usuras solvisse probabatur, etiam conjectura capiebatur, dotem non ex filiæ sed patris ipsius rebus fuisse constitutam, ac proinde fiscum, ex publicatione successorem patris promittentis, ad eam quantitatem devinctum esse. Non etiam obstat *l. 1. C. de fideicommissis*, non enim illic de usurarum præstatione, sed annuo alimentorum fideicommisso agitur, quod dum tertium præstat heres, defuncti voluntatem minus perfectam rebus ipsis ac factis declarato consensu intelligitur ratam habuisse, suadente inter alia etiam alimentorum favore talem ratihabitionis interpretationem. Vide Menochium *de præsumt. d. lib. 2. præs.* 131. *n.* 5. Brunnemannum *ad d. l.* 1.

14. Non tamen inficias eundum, quin tacitum inducatur pactum de præstandis in posterum usuris levioribus, si annis pluribus leviores sint præstitæ, quam erant promissæ, creditore haud ignaro, majores deberi, ne alias error excludat consensum, *l. adversus* 5. *l. quamvis Bassa* 8. *C. b. t. l. qui semisses* 13. *ff. b. t.* Groenewegen *ad l.* 5. *C. b. t.* eo quod leges magis ad liberandum quam ad obligandum proniores sunt, *l. Arrianus* 47. *ff. de oblig. & act.* Aliud dicendum foret, si nullæ usuræ longiore tempore fuerint exactæ aut præstitæ, cum nulla de cetero earum remittendarum ratio aut præsumtio appareret: tunc enim & præteritas, in quibus mora facta, jure peti, & futurarum suo tempore exactionem patere, certum est ex generalibus juris principiis, secundum quæ liberum actori est, quando agere, quando petitionem differre velit, si modo tempora præscriptioni actionum præfinita elabi non patiatur, *l.* 5. *§. ult. ff. de doli mali & met. except.* Quod si appareat, ideo creditorem usuras annis pluribus non exegisse, ut gratior apud debitorem esset, in futurum quidem remissæ haud censentur, sed in præteritum parum juste earum fieri exactionem, D. Pius rescripsit, *l. cum quidam* 17. *§. Divus* 1. *ff. b. t.* nam &, qui dat ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, aut amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non potest, opinione licet falsa deceptus, *l. dedi tibi* 3. *§. sed si servus* 7. *in fine ff. de condict. caus. data*, arg. *l. si repetendi* 7. *C. de condict. ob caus. dat.*

15. Cessat usurarum obligatio, si a creditore remissa sit. Et quamvis ob insolitam sterilitatem, inundationem, incursum hostium, & alias similes calamitates compelli locatores possint, ut vel totam mercedem illius temporis, vel partem, conductori remittant, & hoc quoque in annuorum redituum mere realium debito ratione non improbabili defendi posse videatur; in usuris tamen debiti sive chirographarii, sive etiam immobilium hypotheca muniti, neque jus civile ex causis suprascriptis remissionem fieri præcepit, neque usus hodiernus id ipsum difficillimis reipublicæ temporibus induxit, sed tantum aliquam solutionis dilationem, aut graviorum usurarum ad vulgares pro illo tempore reductionem, de quo pluribus Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 9.

16. Cessat quoque, si debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per præscriptionem extinctum sit, *l. qui per collusionem* 49. *§. 1. ff. de act.* emti, arg. *l. ult. ff. de eo quod certo loco*, cum sublato principali tollatur accessorium, ac is, cui solutum, in sua habuerit potestate, ut id, quod solvebatur, prius in usuras acciperet, & reliquum in sortem, *l. in his vero* 5. *§. ult. ff. de solution, l. si usuras* 21. *C. b. t.* Idemque est, si judex in condemnando sortem quidem adjudicaverit, usurarum autem adjectionem ex natura negotiorum bonæ fidei non fecerit, neque ab ea sententia appellatum sit. Non enim ultra tunc de usuris creditor experiri potest, quia non duæ actiones sunt, altera sortis, altera usurarum, sed una; ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur, *l. si deposita* 4. *C. depositi, l. in bonæ fidei* 13. *C. b. t.* Quæ vera, si ex sola mora adeoque judicis officio debita fuerint, *d. l.* 49. *§. 2. ff. de act. emti, d. l.* 4. *C. depos. d. l.* 13. *C. b. t.* Nam si ex stipulatu, etiam perempta sortis obligatione ad usuras actio superest; eo quod duæ tunc obligationes principales intelliguntur, altera certi, altera incerti, sortis altera, altera usurarum, *l. ubi autem* 75. *§. pen. ff. de verbor. obligat. l.* 1. *C. de judiciis*, arg. *l. centum Capua* 8. *ff. de eo quod certo loco.* Nec aliud statuendum videtur, si usuræ in conventionem fuerint deductæ per pacta a lege firmata, vel etiam contractui bonæ fidei in continenti adjecta, ideoque actionem ad usuras petendas secundum id, quod superius traditum, producentia; cum non minor pactorum talium, quam stipulationis vis sit, arg. *l. legitima* 6. *l. juris gentium* 7. *§. quin imo* 5. *ff. de pactis, l. in bonæ fidei* 13. *C. de pactis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 10. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 30. *defin.* 12. & 13. Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *l.* 4. *cap.* 4. *n.* 29. 39. aliique *ibid. citati.* Neque hæc jure novissimo per Justinianum mutata in *l. eos, qui* 26. *pr. C. b. t.* qua generaliter videtur constitutum, *eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, sive personali, sive hypothecaria ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstionem, dicendo, ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non ad triginta vel quadraginta annos præteritos referuntur, asserendo, singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente, satis supervacuum esse, super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere.* Etenim satis commode legem illam acceperimus de usuris non ex conventione, sed sola mora debitis; maxime, cum jungantur fructibus, quos non ex conventione sed mora deberi patet ex *l. videamus* 38. *pr. & §§. seqq. ff. b. t.*

17. Utrum autem sola sortis & usurarum, quarum dies cessit, oblatione sistatur usurarum concursus, an vero consignatione ac depositione opus sit, distinctione definiendum est: si enim usuræ tantum propter moram ex persona, quæ per interpellationem

introducitur, currere cœperint, sola quoque oblatione debiti legitime facta, quasi interpellatione contraria, moram priorem purgante, currere desinunt, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, arg. *l. si servum stipulatus* 91. §. *sequitur* 3. *ff. de verbor. oblig.* junct. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* Si vero ex conventione aut mora ex re fuerint debitæ, præter oblationem consignatio etiam ac depositio necessaria est, *l. si per te* 9. *l. acceptam* 19. *C. h. t. l. tutor pro* 25. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *ult. l. debitor.* 7. *ff. h. t.* ut tamen depositionis loco habeatur, si debitore depositionem minitante, creditor profiteatur, se pecuniam habere pro consignata, Sande *decis. Fris. lib.* 3. *t.* 14. *defin.* 13. Cumque secundum mores hodiernos ex sola mora ex persona seu interpellatione extrajudiciali non soleant usuræ currere, sed ex conventione, vel mora ex re quibusdam in casibus juxta superius observata *n.* 11. non mirum, quod a Groenewegio *ad l.* 6. *C. h. t.* & Ant. Fabro *C. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 53. & *lib.* 4. *t.* 33. *defin.* 15. scriptum fuit, solam debiti oblationem ex praxi nostrorum temporum non sufficere ad sistendum usurarum cursum, sed consignatione ac depositione opus esse. Quamvis & sola realis oblatio in judicio facta sufficere videatur ad id, ne inchoetur usurarum obligatio, quæ forte alioquin citra conventionem aut moram ex re, ex sola mora judiciali intuitu haberet, arg. *l. si per te* 9. *Cod. h. t.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 230. *n.* 2. Ant. Faber *C. lib.* 8. *t.* 30. *defin.* 40.

18. Quod si secundum praxin hodiernam debitum usurarum auctoritate judicis sub debitore arrestatum sit, adeoque interdictum debitori ad tertii petitionem, ne creditori solvat, magis est, ut non aliter debitor ab usurarum obligatione in futurum liberetur, quam si more consueto pecuniam publice deposuerit, aut saltem ex creditoris declaratione ea pro deposita habeatur. Aliter quam statuendum, si necdum usuræ currere cœperint, nec ex conventione debeantur, sed ex mora judiciali deinceps forte cursus earum inchoandus fuerit; tunc enim auctoritas judicis solutionem prohibens impediret, ne debitor morator dici queat, adeoque ne existat causa, mora scilicet, ex qua usurarum cursus initium caperet; cum præceptum judicis a mora ac contumacia debitorem excuset, Mævius *de arrestis cap.* 9. *n.* 51. Adde Carpzovium *defin.* 25. Meeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap* 4. *n.* 53. Plane, si ob id, quod rei immobilis evictio in limine contractus imminere videtur, emtor differat numerationem pretii annua bima trima die solvendi cum pacto usurarum in casum moræ, usurarum præstationem respectu pensionis, cujus dies jam venit, evitare non potest, si non sua quaque die consignatam pretii partem publice deposuerit; cum iniquum esset, & fructus rei & pretii usuras aut usum, ejusdem emtoris lucro cedere contra *l. curabit, C. de act. emti, l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. & 21. *ff. de act. emti.* Nec recte moveris in contrarium, venditorem ex suo latere nondum implevisse contractum; ac proinde nec emtorem hactenus in mora solvendi esse: cum utique ad inducendam obligationem usurarum ob pretium suo tempore non solutum necesse non sit, dominium rei venditæ in emtore translatum esse, sed vel precariæ tantum possessionis translatio sufficiat, & hoc solutum spectandum sit, an emtor habeat facultatem fructus percipiendi *d. l.* 13. §. 21. *ff. de act. emti,* Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 32. *q.* 2. Berlichius *par.* 2. *conclus. pract.* 38. *n.* 15. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 54. *def.* 38. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 8. aliique ab eo citati.

19. Ceterum sortem excedere non potuerunt usuræ, sive particulatim, sive simul & semel solutæ, *l. de usuris* 27. *C. h. t. nov.* 121. & 138. (abrogata *l. usuræ per* 10. *C. h. t.*) Sed cum ipsi Justiniano placuerit, constitutiones illas ad reditus annuos civitatibus debitos haud extendi, *nov.* 160. non iniquum ex nostris moribus visum fuit, durare obligationem usurariam, donec sors restituta fuerit, etiamsi triplicatæ vel quadruplicatæ sortis superent quantitatem, si modo particulatim solutæ sint: nam si quis simul & semel annorum viginti quinque aut triginta exigeret usuras quincunces, ei non nisi annorum viginti, sortem æquantium, solutionem adjudicandam esse, adeoque reductam videri dispositionem, *d. l.* 10. *C. h. t.* tradit Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 14. *def.* 5. *in fine,* Groenewegen *ad l.* 27. §. 1. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 55. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. *in fine.*

20. Similiter usurarum usuras exigi, aut usuras iterum in sortem converti (quod *anatocismi* nomine venit) prohibitum est, *l. ut nullo* 28. *C. h. t. l. si non sortem* 26. §. 1. *ff. de condict. indeb. l. præses provinciæ* 27. *ff. de re judic. l. placuit* 29. *ff. h. t.* Cicero *epist. ad Attic. lib.* 5. *epist. ult.* adeo ut ne is quidem, qui adversarium jam in usuras condemnatum habet, eundem post quadrimestre spatium in usurarum usuras convenire queat judicati actione, licet sortis ipsius centesimæ ex eo tempore debeantur, *l. alt. C. de usuris rei judicatæ,* nec creditor secundus hypothecarius priori sortem offerens cum usuris, atque ita in ejus locum subintrans, usurarum depensarum usuras a debitore consequatur, quia non alterius negotium gessit, sed magis suum, *l. creditor, qui* 12. §. *sciendum* 6. *ff. qui pot. in pign.* nec denique is, qui actionem principalem una cum annorum quorundam usuris jam debitis emit, pretiumque exsolvit: tum quia & hic cedens ac cessionarius non debitoris sed suum negotium gessisse videntur, arg. *d. l.* 12. §. 6. *ff. qui pot. in pignor.* tum quia hac ratione porta aperiretur ad machinationes in fraudem legum, anatocismum prohibentium merito improbandas. Brunnemanus *ad l. ult. C. h. t.* Si tamen tutor usuras pupillares a debitoribus pupillaribus exactas in suos usus converterit, quia parvi refert, utrum usuris pupillaribus an sorte suum in commodum usus sit, ad usurarum usuras damnandus est, *l. tutor, qui* 7. §. *si usuras* 12. *l. qui negotiationem* 58. §. 1. & *ult. ff. de admin. & peric. tut.* Confer Resp. Jurisc. Holl. *per.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. Idemque est, si tutor pupillares nummos ipse fœnori acceperit, auctore forte contutore, convenienter *legi non existimo* 54. *ff. de admin. & peric. tut.*, vel etiam a patre pupilli aliove cui pupillus heres extitit, ac usuras suis temporibus a se non exegerit, deinceps in utilitatem pupilli rursus collocandas: sive enim ab extraneo debitas atque exactas in suos usus converterit, sive a se exigendas non exegerit, cum id ex officio agere deberet, sed in suos usus retinuit, quid quæso refert? Tutorem certe uti ab aliis ita & a

semetipso quicquid debet pupillo exigere debuisse, in aperto est. *l. quoties* 9. §. *sed si sub* 4. in *fine*, §. 5. *ff. de admin. & peric. tut.* nec justum, deterioris conditionis pupillum esse in eo quod tutor, quam quod extraneus ipsi debet, ac proinde, si exactas ab aliis pupilli debitoribus usuras ipse jure veteri, ac moribus hodiernis, ex officii necessitate rursus fœnori aut aliter utilitates pupilli collocare obstrictus fuerit, *l. tutor, qui* 7. §. *si post depositionem* 3. *ff. de admin. & peric. tut.* iniquum esset, usuras, quas ipse pupillo debet, ac retinet, pupillo otiosas esse, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 14. Zangerus *de excep. par.* 3. *cap.* 23. *n.* 21. Sed &, si procurator ex mandato domini usuras consecutus sit a domini debitoribus, easque in suos usus convertisse probetur, eum ad usurarum usuras teneri, Papinianus ac Ulpianus respondent, *l. idemque &* 10. §. *si procurator* 3. *in fine ff. mandati.* Præterea, si negotiorum gestor usuras pro debitore solverit, ne aut litem aut pignorum distractionem patiatur, vel fidejussor usuras, in quas pro principali debitore fidejusserat, recte usurarum ita solutarum usuras repetierit, dum contendit ad indemnitatem, arg. *l. si vero* 12. §. *si mihi mandaveris* 9. *ff. mandati, l. & in contraria* 37. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 9. De annuis quoque reditibus jam debitis novum reditum posse constitui, & in fisci ac civitatum debitis anatocismum hodie probari, nonnullis placet, Groenewegen *ad l.* 28. *C. h. t. num.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 27.

21. Fructus proprie sunt, qui naturaliter ex re nascuntur ac renasci solent, *l. fructus* 7. §. *de pensionibus* 11. 12. 13. *ff. soluto matrimon. l. item, si fundi* 9. *pr. ac* §§. *seqq. de usufr. & quemad. quis utat. l. in pecudum* 28. *l. equis* 39. *ff. h. t.* Hi in stricti juris judiciis ex mora non debentur ante litem contestatam, quoties actio stricti juris tendit ad consequendum id, quod antea actoris non fuit, veluti ex stipulatu debitum: post litem vero contestatam perceptos a debitore ex æquitate præstandos esse visum fuit, ut causa restituatur, *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. h. t.* Quod si id petatur judicio stricti juris quod ante actoris fuit, etiam ante litem contestatam percepti fructus una cum re restituendi sunt; uti id evenit in condictione causa data causa non secuta; condictione indebiti; condictione rerum mortis causa donatarum, ubi donantem pœnituit; actione Faviana & Pauliana; interdicto unde vi; actione quod metus causa antequam ex contumacia cœpit arbitraria esse, *d. l.* 38. *pr. &* §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. *ff. h. t.* In bonæ quoque fidei judiciis fructuum rationem habendam esse, patet ex *d. l.* 38. §. *ex causa* 8. *& seqq. ff. h. t.* & nominatim in hereditatis petitione fructuum venire restitutionem, ac usuras etiam fructuum ante litem contestatam perceptorum oportere reddi, patet ex *l. heres furiosi* 51. §. 1. *ff. de petit. hered.* & dictum *tit. de petit. hered. n.* 15. licet in singulari rei vindicatione fructuum usuræ non debeantur; eo quod in petitione hereditatis fructus veniunt jure actionis; quippe augentes ipso jure hereditatem: at in rei vindicatione non veniunt jure actionis, cum rem vindicandam non augeant ipso jure, sed tantum ex officio judicis, ac de hac singulari rei vindicatione agitur in *l. neque eorum* 15. *ff. h. t.* dum ibi sermo est de fructibus, qui *officio judicis* restituendi sunt. De cetero generalior de fructibus tractatio in titulo *de acquirendo rerum dominio* instituenda erit.

22. Causa est omnis rei qualitas & utilitas, quæ circa eam est, adeoque illud omne quod habiturus fuisset actor, si litis contestandæ tempore res soluta fuisset, *l. cum fundus* 31. *ff. de reb. credit. l. præterea* 20. *ff. de rei vind.* §. *si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judicis, l. ult.* §. *ult. ff. de verb. signific.* & vel interna est, ut bonitas, fertilitas, integritas, libertas ab oneribus, & similia; vel externa, ut fœtus, partus, pensiones, fructus, quæque per servum debitum acquisita sunt, *d. l.* 20.

23. Accessio est omne illud, quod quomodocunque rei accedit, sic ut præter ea, quæ sub causa continentur, etiam ususfructus proprietati accrescens & insula & alluvio & alia similia alteri rei cohærentia atque cedentia comprehendantur; quin & id quod interest ac pœnæ conventionales, de quibus duobus ex professo agetur *t. de verb. oblig.* uti de accessionibus in *tit. de acquir. rer. domin.*

24. Mora est solutionis faciendæ vel accipiendæ frustratoria dilatio. Quam frequentius quidem debitor committit, rarius creditor; committit tamen hic, si rem legitimo modo oblatam non acceptet sive ea mobilis sit, sive immobilis, & debitor se eam præstare paratum denunciaverit, *nov.* 91. *cap. illud quoque* 2. De qua oblatione debiti pro parte in superioribus actum, & pluribus tractandum erit in *tit. de solution. & liberat.* An autem in unoquoque negotio mora intelligatur, nec ne, judicis prudentis æstimatio est, cum difficilis sit hujus rei definitio, & D. Pius rescripserit, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quæstione id decidi posse, quia magis facti, quam juris est, *l. mora* 32. *ff. h. t.*

25. Dividitur mora, quod alia *ex re* sit, alia *ex persona*: hæc frequentior, illa rarior. Mora *ex persona* fit, si interpellatus opportuno loco & tempore non solverit, *d. l. mora fieri* 32. *ff. h. t.* seu, cum postulanti non datur, ut Paulus ait *sent. lib.* 3. *tit. ult. in fine.* Ac induci potest per unam interpellationem legitime factam, sive judicialem sive extrajudicialem, arg. *l. Titia Sejo* 87. §. 1. *in fine ff. de legatis* 2. *l. si ex legat.* 23. *ff. de verb. oblig. l. qui decem* 72. *ff. de solution.* Bronchorst. *enant. cent.* 2. *assert.* 78. Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 15. si modo ei interpellans inhæserit; nam si adversario denunciatum esset, & cum is postea sui faceret potestatem, omissa fuerit per denunciantem debiti repetendi instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur, *l.* 32. §. *& non* 1. *ff. h. t.* Quanquam nec dubium, quin ex abundanti plures interpellationes adhiberi possint; sicut & adhibitæ commemorantur in *l. Æmilius* 53. *ff. de minor.* 25. *annis, l. si mandatu Titii* 59. §. *pen. ff. mandati, l. qui Romæ* 122. §. *coheredes* 3. *de verb. oblig.* Quod si prima denunciatio non ipsi debitori, sed forte procuratori ejus aut alteri simili facta sit, si quidem is, cui denunciatum debitorem certiorem fecerit, etiam tunc debitor incipit in mora esse; si vero certioratus non sit, iterata interpellatione opus est, *l. item veniunt* 20. §. *petitam* 11. *ff. de petit. hered.* junct. *l. dies* 4. §. *prætor* 5. *ff. de damno infecto.* Quemadmodum etiam ad contumaciam inducendam una denunciatio non sufficit, sed trina requiritur, arg. *l. si convenit* 4. *in fin. ff. de pignorat. act. l. ad peremtorium* 68. *et seq. ff. de judiciis.*

26. Mora ex re est, quæ fit sine interpellatione; adeoque lege introducitur sine facto hominis; seu quando res ipsa moram in se continet, unde & a Paulo *mora in re* appellatur, *l. videamus* 38. *§. & quidem* 1. *ff. h. ti.* eo fere modo, quo & interdum pura stipulatio *ex re ipsa* dilationem capere dicitur, *l. interdum* 73. *ff. de verb. oblig.* & *ipsa res* in se dolum habere, *l. si quis, cum* 36. *ff. de verb. oblig.* Licet enim nulla intelligitur mora fieri, ubi nulla petitio est, *l. nulla intelligitur* 88. *ff. de reg. juris*, sciendum tamen, non ab homine tantum interpellationem fieri, sed & legem, atque etiam diem, pro homine interpellare, si modo dies certus obligationi adjectus sit, *l. magnam* 12. *C. de contrab. & commit. stipulat. l. trajectit.* 23. *ff. de oblig. & act. l. si fundus* 4. *§. ult. ff. de lege commiss. l. si fundum* 114. *ff. de verb. oblig. l.* 2. *C. de jure emphyteut.* Ant. Faber *C. libr.* 4. *tit.* 24. *defin.* 31. Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 95. Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 220. *n.* 46. 47. Si enim obligatio ex die incerto vel incerta conditione suspensa esset, magis est, ut non nisi per interpellationem ab homine factam debitor in mora constituatur; cum unusquisque certi quidem diei appositi meminisse & possit & debeat, nec obligatio sed sola solutio ex die suspensa sit, *d. l.* 12 at probabiliter ignorare debitor possit, nec divinare debeat, extitisse conditionem aut diem incertum, qui conditionis loco est. Præterquam quod existentia conditionis id tantum operatur, ut debitor esse incipiat, qui hactenus non fuerat; ac proinde, uti in debito puro, ita quoque in hoc jam purificato, recenterque nato, interpellationem adhiberi, æquum est, arg. *l. si dies* 21. *l. si penum* 24. *ff. quando dies legat. cedat.* Donnellus *ad l.* 73. *ff. de verb. oblig. num.* 3. Zoesius *ad l and. h. t. num.* 50. 51. 52.

27. Lege ipsa quasi interpellante, mora fit, si fur res furto subtractas non reddat; quippe qui semper moram facere intelligitur, *l. in re furtiva* 8. *§.* 1. *l. ult. ff. de condict. furt.* si quis pupillo vel fisco debitum non solvat, *l. cum quidam* 17. *§. fiscus* 5. *ff. h. t. l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*, si emtor fructus ex re vendita percipiens pretium non præstet, *l. curabit* 5. *C. de act. emti, l. evictis* 18. *§.* 1. *ff. h. t. l. usuras* 2. *C. h. t. l. Julianus* 13. *§. veniunt* 20. *ff. de act. emti*, si socius pecuniam communem, negotiorum gestor aliique similes pecuniam ejus, cujus negotia gerunt, in suos usus converterint, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t. l. qui sine* 38. *ff. de negot. gestis*, de quibus actum latius *tit. pro socio, n.* 17. si dos in fungibilibus promissa sit, & ultra biennium solutio differatur, *l. ult. §. ult. C. de jure dot.* si nullus sit, qui interpelletur aut conveniatur, *l. sed & si* 23. *§.* 1. *ff. h. t.* His vero in casibus, quibus ex re mora fit, quandoque moram abesse, leges ajunt, quatenus abest mora ex persona, quæ ex interpellatione est, *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t. d. l.* 5. *C. de act. emti.*

28. Effectus moræ ex parte debitoris moratoris est, quod ad usuras & fructus secundum ante dicta; & pœnam conventam, & id quod interest, incipiat obligatus esse; atque etiam ad id quanti crevit pretium rei debitæ a tempore moræ, si res ipsa perierit, & ob id æstimatio ejus præstanda veniat, ut expositum *tit. de contradict. triticaria*, præcipue vero; quod perpetuatur obligatio etiam post interitum rei casu contingentem, si non eodem modo apud creditorem fuisset peritura; secundum ea, quæ per distinctiones tradita *ad tit. de rei vindicat. n.* 34. quodque actiones natura sua temporales reddantur perpetuæ, si modo tunc mora judicialis facta sit, *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut. l. aliam causam* 29. *in fine ff. de novation. l. nam, postquam* 9 *§. si is* 3. *ff. de jurejur.* Ex parte creditoris in mora accipiendi existentis id mora operatur, ut solvat antichresin, si quæ creditori in pignore constituta sit, *l. ex prædiis* 11. *C. h. t.* ac transferat periculum rei debitæ in creditorem, *l. qui decem* 72. *ff. de solut. l. si servum* 91. *§. sequitur* 3. *ff. de verb. obligat.* De cetero mora regulariter soli nocet moratori, non alteri, ac ne correo quidem, *l. mora fieri* 32. *§ pen. ff h. t. l. in condemnatione* 173. *§. pen. ff. de reg. jur.* licet unius correi factum alteri noceat, dum ex duobus Stichi promissoribus correi unus Stichum interemit, *l. pen. ff. de duobus reis constituendis.* An & quousque mora debitoris principalis fidejussoris noceat, *ad tit. de fidejussoribus* explicandum erit.

29. Evenit tamen aliquando, ut mora excusationem mereatur; in quantum non omne, quod differendi causa fit, moræ adnumerandum est. Quid enim, si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? *l. sciendum* 21. *l.* 22. *l.* 23. *ff. h. t.* Quid si modicam arbitrio judicis dilationem sibi ad solvendum necessariam debitor a judice impetrandam desideret? arg. *§.* 2. *&* 3. *Instit. de offic. judicis, l. quod dicimus* 105. *ff. de solution.* Quid, si casus superveniens, aut ipsius creditoris factum, id quod obligationis contractæ tempore promissori facile erat, difficile admodum reddiderit, veluti si servus venditus aut promissus inciderit in hostium potestatem? æquum sane haud fuerit, debitorem ex mora propter hujusmodi impedimentum commissa obligari, *l. ult. ff. de act. emti*, arg. *l. ult. §.* 1. *ff. de leg. Rhod. de jactu, l. si servum* 91. *§.* 1. *ff. de verb. oblig.* Contra quam obtineret, si vel ipsius debitoris culpa difficultatem implementi procurasset, *d. l.* 91. *§.* 1. vel ipso promissionis tempore jam adfuisset difficultas præstationis, nec promissor id ignorasset: tunc enim est quod sibi imputet debitor, qui ipse sibi libera sua voluntate talem imposuit necessitatem, arg. *l. si fidejussor* 7. *§.* 1. *in fine ff. qui satisd. cog.* stipulationem enim non facit inutilem difficultas præstationis, *l. stipulationum* 2. *§. ex his* 2 *in fine ff. de verbor. oblig.* & generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet; ne alias dicamus, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit; ut venuste Venulejus in *l. continus* 137. *§. illud inspiciendum* 4. *ff. de verbor. oblig.*

30. Nonnunquam etiam moræ jam commissæ in universum purgatio fit, puta, novatione principalis debiti, *l. si Stichum* 8. *l. quotiens* 14 *l.* 15. *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. parvi refert* 17. *ff. de condict. furtiva*, remissione per eum facta, cui alioquin jus aliquod ex mora adversarii quæsitum aut quærendum est, cum ita suo tantum juri renunciet, quod licitum ex *l. pen. C. de pactis*, *l. de lege* 6. *§. ult. l.* 7. *ff. de lege commissoria, l. commissoria* 4. *C. de pact. inter emt. & vend.* mora posteriore per eum commissa, cui prius mora facta erat, *l. interdum* 73. *§. ult. l. si servum* 91. *§. sequitur* 3. *ff. de verbor. oblig. l. qui*

decem 72. *ff. de solution. l. semel mora* 26. *ff. soluto matrim. l. illud* 17. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Adde *d. tit. de peric. & commodo rei vend. num.* 2. Atque hinc, si dies certus obligationi sit appositus, cum diversis in locis debitor & creditor domicilium foverent, & creditor non venerit ad locum illum, ubi die adjecto solutio facienda erat, verum quidem est, ipsam diei existentiam interpellasse pro creditore secundum ante dicta; sed & verum, per creditorem ad locum solutioni destinatum haud venientem stetisse, quo minus sua die solutio fiat; cui consequens est, ut priorem debitoris moram, ex interpellatione diei inductam, per posteriorem creditoris non venientis moram existimemus purgatam esse. Mynsingerus *cent.* 3. *obser.* 95. *num.* 3. Costalius *ad l.* 9. *ff. h. t. num.* 15.

31. Notandum tamen, non omni in casu moræ purgandæ licentiam moratori tributam esse: nam si protinus a mora commissa nova quædam ei, cui mora facta, nata fuerit obligatio, purgationi locus non est, cum nemini jus semel quæsitum sine suo facto adimendum sit. Qua ratione, sicut res sub lege commissoria fuerit vendita ac tradita, isque ultra diem præfinitum solutionem distulerit, postea offerendo nihil agit, nec auferre venditori potuit emtæ rei per actionem in rem vel in personam revocandæ facultatem, ex primo moræ momento quæsitam, *l. trajectitiæ* 23. *in fine ff. de oblig. & act.* Adde *tit. de lege commissoria.* Sed & moram in solvendo canone commissam purgari non potuisse ad evitandam commissi pœnam, traditum *in tit. si ager vectigal. emphyt. pet. num.* 36. Simili modo, si quis se certo die daturum facturumve quid promiserit, & si non dederit vel fecerit, se pœnæ nomine certam pecuniæ quantitatem soluturum, deinceps autem in dando vel faciendo moram fecerit, sic illico ad pœnam incipiet obligatus esse, ut nec offerendo postmodum quæ dare vel facere promiserat, invito creditore eandem evitare possit, sed demum si sponte creditor ex vi præcedentis obligationis principalis oblata recipiat, *l. Celsus* 23. *ff. de receptis qui arbitr. recep. l. Trajectitiæ* 23. *ff. de oblig. & act.* arg. *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verb. oblig. §. ult. Instit. de verb. oblig. §. alteri* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* Cujacius *ad l.* 84. *ff. de vesa. obligat.* Nec obstat hisce *l. & si post tres* 8. *ff. si qui. caution. in jud. sist. caus. fact.* quippe cujus solutionem dedi in *tit. si quis caut. in jud. &c. n.* 4. Et quamvis Cujacius eam sibi ante placuisse, at non amplius placere scripserit, *ad d. l.* 84. *ff. de verb. oblig.* verendum tamen, ne eam reprobando deteriorem aliam amplexus sit. Quod enim ait in *d. l.* 8. nullam pœnæ promissæ mentionem esse, adeoque tantum ad id quod interest actorem ibi agere potuisse, probandium non est, nam si nulla in casu *d. l.* 8. pœna fuisset apposita, reus nulla indiguisset exceptione adversus actorem, sed ipso jure satis abundeque tutus fuisset, in quantum actori, *cujus jus ex mora deterius factum non erat* secundum verba Jurisconsulti, ne summo quidem jure potuit actio competere ad interesse, cum non interesset, arg. *l. si procuratorem* 8. *§. mandati actio* 6. *ff. mandati.* Ut proinde in *d. l.* 8. præsupponatur pœnæ promissio, adversus quam vero commissam, ac de rigore juris jam debitam, exceptionem prætor ex benignitate indulsit, ubi apparabat, jus actori ex mora illa modica trium quatuorve dierum necdum deterius esse. Denique etiam, si colonus fundum in quinquennium conduxerit, nec locator ei usum præstet, quia tunc lex colono copiam fecit statim totius quinquennii nomine agendi ad id quod interest, quod frui non licuerit, hinc nec locator postea liberabitur, etsi anno secundo ac sequentibus fruendi patientiam colono præstare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis jam rebus conductis forsan illigatus, non potest, *l. si in lege* 24. *§. colonus* 4. *ff. locati.*

TITULUS II.

De Nautico Fœnore.

SUMMARIA.

1. *Quid sit nauticum fœnus, quid quasi nauticum, & de periculi pretio ad* l. 3. ff. h. t.
2. *In quo consistat substantia nautici fœnoris? quando cesset, & vulgares tantum usuræ debeantur?*
3. *Moribus periculi pretium in materia* assecurationis *legitimis usuris non est coarctatum, nec ullos fines habet. Ubi materia* assecurationis *tractata sit?*
4. *Si mutuum detur magistro vel domino navis sub pignore curiæ*, op Bodemerye, *etiam supra centesimas usuras pacisci licet. Si navis pereat, an in instrumentis & reliquis salvatis talis creditor aliquod jus habeat? Quid juris, si navis culpa nautæ perierit aut publicata sit, aut perierit, dum nauta alio navigat, quum quo iter ab initio destinatum erat?*
5. *Lucrum, quod ex procuratis cambii literis provenit, usurarum vulgarium modo adstrictum non est. Qualis contractus intercedat in cambii literis expediendis? inter quos obligationes oriantur, & quæ actiones? Nulla per literas cambii novatio fit. Si quis ob non solutas cambii literas egerit contra scriptorem literarum, & non obtineat ob inopiam ejus, redire potest ad acceptantem.*
6. *Quibus modis fieri possit, ut literæ cambii effectu careant? cui solutio per cambii literas mandatur, eas vel acceptare vel rejicere potest, nisi ab institore ad præponentem, quem obligare poterat, directæ sint. An acceptatio fieri possit sub conditione? An eo, cui per literas solutio mandatur, eas acceptare recusante, tertius eas acceptare possit ante vel post protestationem? Is, qui eas offert, si non acceptentur, intra triduum protestari debet, ne regressu careat contra scribentem. Quando non noceat, neglectam esse intra triduum protestationem?*
7. *Si, die literarum cambii veniente, acceptans non solvat, intra quantum temporis spatium tunc protestatio facienda sit? An & quando literæ cambii cum protestatione arrestari possint?*
8. *Literæ cambii ante & post acceptationem, re adhuc integra, revocari possunt; nisi quis per eas procurator in rem suam constitutus sit. Ante diem literis cambii expressum solutio non recte fit: & cur? interim ab illis, qui ex cambii literis debitores sunt, cautio exigi potest.*
9. *Si secundus primo scripserit literas cambii, ita, ut fateatur, sibi a primo, tertio, & quarto quan-*

titatem jam solutam esse, & illa per primum tertio, per tertium quarto data, ac per quartum oblatæ mandatario non acceptentur, an quartus contra secundum agere per saltum possit?

10. *Cujus loci leges in quaestionibus cambii spectandæ sint? Quæ sint privilegia mensæ cambialis Amstelodamensis?*

1. NAuticum fœnus est, quod ex pecunia vel merce aliave re trajectitia seu transmare vehenda periculo creditoris, penditur atque etiam ex pacto peti potest, *l. 1. l. periculi* 5. §. 1. *l. in quibusdam* 7. *ff. h. tit.* & ex rationis parilitate etiam ex pecunia rebusve per loca terrestria, ob incursum hostium aut prædonum periculosa, transvehendis. Quin imo, quasi nautica poterit dici pecunia, & fœnus quasi nauticum, quoties creditor pecuniæ qualiscunque mutuo datæ, utcunque per terras periculosas haud devehendæ, periculum in se recepit in casum, quo conditio aliqua non extiterit, veluti si quis piscatori crediderit in apparatum piscationis, aut athletæ unde se exhiberet exerceretque, ea lege, ut ille, *si cepisset*, hic, *si vicisset*, redderet, una cum periculi pretio seu additamento; contra nihil redderet, *si ille* nihil cepisset, *hic* ab adversario in certamine superatus esset. Quibus similia sunt, si tibi centum dederim, ut, *si manumittas, si non illud facias*, puta, si non Romam eas, *si non tua cura convaluero*, oculis forte aut pedibus laborans, *reddas* cum usuris centesimis; alioquin in casus contrarios nihil restituas, si modo id unum caveatur, ut tales ineantur *conventiones, quæ in alea* (vetitæ scilicet) *speciem non cadunt*, adeoque tales, *ex quibus conditiones* (ita legendum, non *conditiones*) *nasci solent*, id est, actiones in personam efficaces ad persequenda ea, quæ convenerunt: quales actiones efficaces haud competunt, quoties negotium tale gestum est, quod in aleæ vetitæ speciem cadit, secundum ea, quæ *ad tit. de aleatoribus* dicta sunt. Nisi forte magis placeat, ad aleam vetitam referri verba illa, *veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent*, ut sensus sit, conventionem valere, *si in alea* (puta vetitæ) *speciem non cadat*, adeoque non contineat ea, *ex quibus condictiones*, id est repetitiones amissorum, *nasci solent*; dum aliunde constat, id, quod in alea amissum est, tanquam ex injusta causa penes victorem existens, condici posse, *l. 1. C. de aleator.* Eo fere modo, quo & a Gajo scriptum, *quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri, ex quibus causis condictio nasci solet*, *l. quia quod* 6. *ff. de donat. inter vir. & uxorem.* Atque hunc puto sensum esse *d. l.* 5. *ff. h. t.* Confer Cujacium *lib.* 9. *observ.* 29.

2. Substantia itaque fœnoris nautici in eo consistit, quod pecunia credita non debitoris seu mutuatarii, ut vulgo, sed creditoris seu mutuantis periculo sit; propter quod periculum licet olim nullus fœnori nautico terminus præscriptus fuerit, indeque in infinitum ex conventione partium extendi potuerit quantitas ejus, teste Paulo *recept. sent. lib.* 2. *tit.* 14. §. 3. jure tamen novo ad centesimas restrictum est, *l. eos qui* 26. *C. de usuris*, ac jure novissimo confirmatum *per novell.* 110. abrogata *nov.* 106. quæ centesimas excedi permiserat. Et quia usura hæc gravissima periculi pretium est, hinc cessante periculo seu ad creditorem non pertinente, redit illico usurarum communium seu vulgarium observatio; quod fit, si vel id ab initio actum sit, ut debitoris ipsius periculo pecunia naviget, vel cum ab initio periculo creditoris transvehenda esset, ad portum seu locum destinatum delata sit, aut dies vel conditio extiterit, ad quam usque ex conventione periculum debebat creditoris esse, *l. nihil interest* 4. *ff. h. t. l.* 1. 2. 4. *C. h. t.* Sciendum tamen, ita demum trajectitiæ pecuniæ aut mercium periculum ad creditorem pertinere ex conventione, si non dolo aut culpa ipsius debitoris interearit: „ nam „ si propter vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus, quas navis continebat, fiscus occupaverit; amissarum mercium detrimentum, quod non ex marinæ tempestatis discrimine, sed ex præcipiti avaritia & incivili debitoris audacia, accidisse asseveratur, adscribi creditori juris publici ratio non permittit", ut rescriptum est in *l. pen. C. h. t.*

3. Ceterum nostris & gentium plerarumque navigationi studentium moribus circa periculi pretium rursus jus vetus Romanum reductum fuit, cujus superius ex Pauli *receptis sententiis* mentio facta, quod nempe trajectitia pecunia ac merces propter periculum creditoris infinitas usuras, centesimis haud coarctatas, recipere possit, ac quantitatis cujuscunque obligatio subsitat, quæ pro magnitudine periculi in conventionem deducta est per contractum *assecurationis* vulgo dictum, quo id agitur, ut merces & alia assecurata navigent periculo non domini, sed assecuratoris, pro periculo suscepto pretium recipientis. De hoc vero assecurationis contractu universa huc transcribere, quæ circa modum assecurationis, personas assecurare valentes aut prohibitas, res assecurandas vel assecurationem respuentes, rerum assecurandarum æstimationem, conservationem, impensas, cessionem, seu abdicationem, periculum, præmium assecurationis seu periculi pretium ac solutionem ejus, observanda veniant, consultum non censui. Videri ista possunt enarrata prolixe satis & accurate variarum regionum legibus superiori & hoc seculo conditis; ac in plerisque consensum, in paucis, iisque levioribus tantum dissensum continentibus, præcipue, *edicto nautico Philippi Hisp. Regis ann.* 1563. *cap. ult. & edicto peculiari de assecurationibus ann.* 1570. *municipali Medioburgensium ann.* 1600. *Roterodamensium anni* 1604. *Amstelodamensium an.* 1612. quæ omnia simul juncta in *vol.* 1. *placitor. Holl. a pag.* 820. *ad pag.* 876. ac tandem novissime, pariterque plenissime, *edicto Ludovici XIV. Gallicorum Regis, ann.* 1681. in libello cui titulus, *ordonnance de Louis XIV. touchant la marine, liv.* 3. *t.* 6. Quibus addendus Petri de Santerna Lusitani & Beneventi Stracchæ de *assecurationibus liber.* Notandumque insuper, rerum hostilium, aut ad portus hostiles vehendarum, assecurationem, tam eam, quæ directo, quam quæ fraudulentis machinationibus fit, interdictam esse sub pœna publicationis nummorum, assecuratione contentorum. *Declaratie van oorlogh tegen Vrankryck* 9. *Martii* 1689. *art.* 15. *vol.* 4. *placit. Holl. pag.* 201.

4. Simili modo neque vulgaribus neque centesimis usuris restrictum est ex moribus hodiernis mutuum illud, quod creditor sub pignore carinæ dat vel ad certum tempus, vel quamdiu navis salva est, ea lege, ut ex quotidiano quæstu ejus graviores pro ratione periculi præstentur usuræ, ac carina pereunte sors

tota creditori pereat, adeoque navis naviget periculo creditoris, qualis mutui species appellatur nostratibus *contract. van bodemerije*, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 11. Groenewegen *ad l.* 26. *C. de usuris n.* 3. Roseboom *costumen van Amsterdam cap.* 52. Qua conventione posita, si navis pereat, sed instrumenta navis ac funes aut ipsius carinæ reliquiæ salventur, ne in hisce quidem salvatis ullum creditori jus aut pro sorte aut pro usuris superesse, sed salvata illa sine ullo crediti onere ad navis exercitores pertinere, aliquoties responsum in Hollandia & judicatum apparet ex Responsis Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 111. & *consil.* 124. idque ex eo fundamento, quod nulla ad restitutionem sortis aut graviorum usurarum obligatio nascatur in casu, quo in certum tempus mutuum sub pignore carinæ contractum est, quam si navis salva sit; quia ex illa conditione suspensa ad restitutionem obligatio deficere censenda est deficiente conditione, *l. foenerator* 6. *ff. h. t.* Sed vix est, ut hanc opinionem probaveris, quamdiu eam usu constante firmatam esse doceri nequit. Quod enim ajunt, nave non salva non nasci principalem debiti obligationem, quæ sub conditione navis salvæ contracta est, adeoque nec pignoris accessoriam obligationem consistere aut nasci posse, expeditum quidem ac certum est: at ubi & funes & instrumenta alia navis & ipsius carinæ reliquiæ ex naufragio subductæ atque collectæ, dominis suis salvæ sunt, ibi navem, quæ cum instrumentis obligata fuerat, salvam non esse, gratis assumitur. Quio potius, cum in suis partibus salva sit, etiam usque ad vires æstimationis istarum partium obligationem nasci, recte dixeris. Nam &, cum de contributione propter jactum quæstio est, responsum fuit, jactum demum *nave salva in tributum venire, l. navis onustæ* 4. *pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu*, & tamen navis tunc quoque salva credita fuit, ad obligationem contributionis inducendam, cum jactu facto navis alio in loco submersa fuit, & aliquorum mercatorum merces per urinatores deinde extractæ sunt, *d. l.* 4. §. 1. *ff. ad leg. Rhod. de jactu*. Uti ergo ibi pars quædam mercium post naufragium salvata nasci facit obligationem contributionis, quasi nave salva, ita ratio non est, cur non in nostro quoque casu ex collectis navis ac instrumentorum reliquiis, quasi nave hactenus salva, tueamur nativitatem obligationis. Plane, si tota navis cum instrumentis non casu sed manifesta mutuatarii culpa pereat, dum forte ob merces illicitas ei impositas publicatur, damnum illud mutuatarium magis quam mutuantem onerare, dubium non est; in quantum mutuanti saltem actio in factum in id quod interest adversus mutuatarium in culpa positum danda foret, arg. *l. pen. C. h. t.* Christinæus *vol.* 3. *dec.* 47. *num.* 5. 6. Idemque dicendum, si magister navis iter suum consulto aliorsum instituat, atque ita ad alia loca navigans naufragium passus sit: argumento eorum, quæ de assecuratione cauta sunt, periculum scilicet mercium ad assecuratorem non spectare, si nauta consulto portum alium aut aliam regionem petat, quam quæ assecurationis instrumento inserta fuit, *edicto Philippi Regis de assecurationè an.* 1670. *art.* 14. *Lege Amstelod. de assecurat. art.* 7. *Roterodamensi, art.* 11. *Medioburgensi art.* 14. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 110. At autem, & quando, magister, cui cura navis demandata est, hac ratione mutuum accipere possit *op bodemerije*, dictum *tit. de exercit. act. n.* 3.

5. Denique, cum hodie minus frequens sit pecuniæ ipsius numeratæ de regione in regionem translatio, seu ejus vice frequentari cœperint *literæ cambii* vulgo dictæ, quibus præcipue mandatur, ut pecuniæ uno in loco numeratæ, aut numerandæ, alio in loco per alios adnumerentur, notandum est, illud quoque lucrum, quod ex tali nummorum alio in loco solvendorum procuratione captatur, ordinario fini usurarum legitimarum non esse inclusum, sed vulgatis majores posse symbola collybistica comprehendi. Quod ut intelligatur, paulo latius cambiorum seu literarum cambii natura explicanda est: ac primo quidem sciendum, quemadmodum non uno sed duobus imo tribus contractibus ad minimum intervenientibus delegatio peragitur, idque inter plures quam duas personas, dum delegans mandat debitori suo, ut is solvat, & creditori suo vel alteri, ut acceptet a debitore solvenda, & deinceps is, cui solvendum, stipulatur a debitore delegantis, ut sibi debeat in posterum ac solvat quæ hactenus delegaoti debuit, ita quoque non una sed multiplicata conventione & plurium personarum interventu opus esse, ut negotium cambiale suis circumstantiis plenissime quasi vestitum absolvatur. Est enim primo quasi loco is, qui numerat in antecessum vel postea numeraturus est quantitatem alibi solvendam; est secundo is, cui numeratur, quique per literas cambii solutionem alii faciendam mandat; est & tertio mandatarius, per quem pecunia alibi est ex mandato numeranda; est denique, cui ex mandato solutionem fieri oportet. Primus verbi gratia agit cum secundo datis aut promissis mille aureis cum quodam lucri additamento, ut is per tertium Romæ degentem quarto peregrinanti Romam venturo numeret ista mille, datis eum in finem mandati literis, ad quartum mittendis, ac per eum tertio offerendis, ut is solutionem sibi a secundo mandatam in se recipiat, seu literas cambii subscriptione acceptet, ac sua die adimpleat mandatum solutionis; quo mandato per tertium suscepto, quartus ille ex pacto quodam constituti de solvendo, acceptationi seu susceptioni mandati incluso (& ad agendum ita efficace, ut & per civilem custodiam, *by gyzelinge*, acceptans ad solutionem cogi possit ex consuetudine Amstelodamensi, apud Roseboom *cap.* 50. *art.* 13. & 30.) adversus tertium habet actionem in personam, ad obtinendam solutionem sibi promissam: tertius rursus actionem mandati contrariam adversus secundum mandantem, postquam solvit; nisi mandatis debitor esset, quo casu liberatio magis ei contingeret ad summam concurrentem: secundus denique primum ad cujus desiderium literas cambii dedit, vel ex mandato vel ex contractu innominato obligatum habet, quoties primus eo tempore, quo cambii literæ conscribebantur, comprehensam iis quantitatem secundo non repræsentavit una cum lucro in conventionem deducto. Non tamen ulla in toto hoc negotio novatio contingit, uti quidem accidit in delegatione, sed utcunque quartum tertium incepit sibi ex literarum cambii acceptatione devinctum habere, tamen & secundus, si forte per repræsentationem nummos jam accepit in antecessum, ad restitutionem & id quod interest obstrictus manet, positis ponendis (de quibus post) si tertius promissioni non stet, at-

que ita conventio cambialis implementum non habeat, Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit.* 50. *art.* 3. Rota Genuæ *decis.* 2. adeo ut is, qui prius mandantem solum sibi devinctum habebat, deinceps & ipsum & mandatarium sibi obligatum teneat, neuterque nisi solutione per alterutrum impleta liberetur. Hinc si, mandatario post acceptationem literarum cambii non solvente, is, cui vel in cujus gratiam solutio facienda erat, convenire jam cœperit mandantem seu scriptorem literarum, nec quicquam ab eo aut non solidum ob inopiam consecutus sit, redire iterum potest ad mandatarium refractarium, eumque ex pacto tacito de solvendo (quod acceptationi inclusum dixi) cogere, ut solutionem adimpleat, quatenus ea per mandantem facta non est, Rosoboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 9. van. Antwerpen *tit.* 55. *art.* 4. Neostadius *Curia supr. decis.* 12. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 163. Imo, usque adeo electio datur ei, qui cambii litteras tenet, utrum mandantem, an acceptantem & sua die non solventem, convenire malit, ut is, quem elegit, nullo possit ordinis beneficio uti, ac desiderare, ut aliter prius excutiatur, Neostadius *d. decis. supr. Curia* 12.

6. Qua occasione considerandum ulterius, contractum cambialem posse effectu destitui vel ex eo, quod is, cui per cambii literas solutio injuncta fuit, easdem acceptare atque ita mandatum suscipere noluit; vel ex eo, quod post acceptationem, die solutionis veniente, in mora solvendi est, vel ex eo, quod mandatum de solvendo per literas cambii interpositum, deinceps per mandantem aut eum, ad cujus rogationem mandaverat, revocatum fuit. Quid in singulis obtineat casibus, enarrare operæ pretium erit. Acceptationem quod attinet, uti ex natura mandati liberum cuique est mandatum suscipere vel non suscipere, *l. filiusfamilias* 8. *§. invitus* 1. *ff. de procurat. l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act. l. invitus* 17. *C. de procurat.* arg. *l. de curatore* 2. *§. quæritur* 3. *ff. de curatore bonis dando*, ita quoque is, ad quem literæ cambii datæ, invitus compelli nequit, ut eas sibi oblatas acceptet ac solutionem promittat, nisi ad mercatorem directæ sint ab institore ejus, per quem obligari poterat, ac contineant pecuniam, quam institor mutuam acceperat in usum præponentis, arg. *l. cuicunque* 5. *§. non tamen* 11. 12. & 13. *ff. de instit. act.* Consuet. Antwerpiens. *tit.* 55. *art.* 1. Roseboom *costuymen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 1. Hugo Grotius *manud. ad Iurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 4. Et quamvis invito eo, cui solvendum, acceptatio ex conditione quadam suspendi nequeat, quin tamen eo consentiente possit, dubitandum haud videtur; adeo ut tune nulla in acceptantem actio nata intelligatur, quamdiu conditio impleta non est, secundum propriam naturam obligationum ex conditione suspensarum, *§. sub conditione* 4. *Instit. de verb. oblig.* Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 59. Interim mandatario mandati susceptionem declinante, liberum cuivis extraneo est, easdem acceptare, quo ipso is, qui id fecerit, intelligetur negotiorum gestor illius, qui literis cambii mandaverat solutionem, arg. *l. solvendo* 39. *de negot. gestis*, *pr. Instit. quib. mod. tollitur obligatio*, sive propter literas cambii non acceptatas per eum, ad quem datæ, is, cui solutio facienda erat, jam protestatus sit, sive non, cum in casu necdum factæ protestationis extraneus acceptans ac solvens petere possit, sibi actiones cedi adversus pecuniæ cambialis debitorem ad indemnitatem; protestatione vero jam interposita, etiam desiderare, sibi ipsas tradi literas cambii cum protestatione, ad obtinendam indemnitatis præstationem, Consuet. Antwerp. *tit.* 54. *art.* 5. Roseboom *consuet. Amstel. cap.* 50. *art.* 10. 11. Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 13. *num.* 3. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 9. Observandum enim, toties quoties mandatarius cambii literas acceptare recusat, necessitatem ei, cui nummi ex mandato fuissent solvendi, ex consuetudine impositam esse, ut intra triduum a denegata acceptatione protestetur de damnis & eo quod interest, atque ita literas cambii cum protestatione remittat quantocius ad mandantem; ne alioquin, neglectis hisce, regressu careat adversus eum qui mandaverat solutionem, & cui nummi, literis cambii comprehensi, jam in antecessum numerati sunt, Costuymen van Antwerpen *tit.* 55. *art.* 8. & *ult.* Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit.* 50. *art.* 4. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 199. nisi ejus, qui literas cambii dedit, non intersit, protestationem intra triduum factam esse dum ipse non est creditor illius, cui per cambii literas mandaverat solutionem, sed ex acceptato & impleto solutionis mandato ipsi fuisset mandato obligandus: tunc enim & post tridui lapsum protestatione interposita reddi oportere per mandantem seu literarum scriptorem nummos, quos accepit, & symbolam, cum eo quod interest a tempore protestationis, responsum fuit a celeberrimis mercatoribus inter Responsa Juriscons. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 59. ne alias cum alterius jactura locupletetur sine causa.

7. Quod si literæ cambii mature oblatæ ac per mandatarium, ad quem datæ (vel etiam rationarium ejus, ut habet Roseboom *d. cap.* 50. *art.* 2.) acceptatæ sint, atque ita ille exhibenti sese obligaverit, deinde autem veniente solutionis die in mora solvendi sit, similis protestationis interponendæ ac cum literis cambii ad mandantem remittendæ necessitas incumbit ei, cui solutio facienda erat; ni malit jure seu regressu suo adversus mandantem excidere, eo modo, quo id jam traditum de casu, quo ipsa acceptatio denegatur: ut tamen hic non ita rigide protestatio triduo adstricta sit, sed intra octo aut decem dies, apud Antwerpienses intra quatuordecim, eam fieri sufficiat, nisi is, qui acceptavit, non differat, sed aperte deneget solutionem, aut foro cedat, aut latitet; tunc enim triduum omnino observandum foret, Roseboom *Costumen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 5. 6. & 29. Costuymen van Antwerpen *t.* 55. *art.* 9. Ne vero remora quædam huic literarum remissioni ad mandantem ob denegatam acceptationem aut solutionem injiciatur, atque ita turbentur, quæ paratissima esse debent, cambiorum jura, vetitum, ne cambii literæ aut protestatio sistantur seu arrestentur; nisi is, qui eas acceptaverat, ac in mora solvendi fuerat, easdem ipse sistat, ac probet, quantitatem iis comprehensam jam in rationes ejus, cui numeranda erat ab argentariis apud mensam publicam transcriptam esse, Roseboom *d. cap.* 50. *art.* 22. 23. 24. 27.

8. Ceterum uti vulgo, ita quoque hic, mandatum solutionis, literis cambii comprehensum, per mandantem vel eum, qui mandanti nummos literis compre-

hensos alibique numerandos, numeravit aut numeraturus est, revocari potest, non tantum ante earundem acceptationem, sed & post, si modo res integra sit, seu solutio necdum secuta; nisi is, cui solutio facienda erat, ex mandato procurator in rem suam constitutus fuerit, dum quantitas cambii literis comprehensa, ei ab illo qui cambii literas scripserat aut procuraverat debita erat. Consuet. Antwerp. *t.* 55. *art.* 7. Neostadius *curia Holl. decis.* 53. Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 10. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 230. & *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 140. Quæ & ratio est, quod mandatarius solutionis solvere nequeat ante tempus literis cambii insertum, ne in damno hæreat, si forte is, cui maturius solutum, foro cesserit ante diem solutioni destinatum, & ob id mandans suum mandatum literis comprehensum, censuerit revocandum esse, Antwerpienses *d. t.* 55. *art.* 6. Roseboom *consuet. Amstel. d. t.* 50. *art.* 12. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 8. Dilata autem solutione in tempus certum, cambii literis expressum, jure is, cui solvendum, cautionem interim exegerit ab acceptante, ubi eum facultatibus labi suspicio est. Sed & is, qui literas cambii procuravit ac mandanti nummos repræsentavit, similem a mandante cautionem desiderare potest. Consuet. Antwerp. *t.* 55. *art.* 2. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 45. *num.* 11.

9. Accidit autem aliquando, ut plures simul literis cambii exprimantur, tanquam tales, qui quantitatem iis comprehensam mandanti seu scriptori jam solverunt; veluti in hac facti specie: primus Amstelodami agit cum secundo, sibi literas cambii dari, ex quibus ipsi primo solvantur mille Francofurti; sed cum primus tertio, tertius quarto, quartus quinto, obligati essent ad literas similes ejusdem quantitatis Francofurti solvendæ dandas; agit primus ulterius cum secundo, ut is repræsentatam sibi a primo pecuniam fateatur sibi etiam a tertio, a quarto & quinto numeratam esse, atque ita literæ cambii per secundum primo datæ, ac per plures manus tertii, quarti ac quinti ambulantes tandem a quinto offeruntur ei, ad quem datæ, ut is eas acceptet. Si ergo ille acceptationem facere recuset, & ob id protestatio ex more intercesserit, quæsitum fuit, an quinto liceat per saltum agere adversus secundum, qui literas cambii scripsit, & solutionem mandavit, an vero, quasi cum nemine præterquam cum quarto contraxisset, quartum convenire debeat, quartus tertium, tertius primum, & tandem primus secundum? Per saltum quinto adversus secundum actionem competere, præteritis reliquis, variis rebus in Hollandia judicatis confirmavit auctor consilii inter Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 53. Et merito, cum utique secundus ex numeratione sibi facta obligatus esse cœperit omnibus illis a quibus sibi numeratum esse confessus est. Ne dicam, primum actionem suam quodammodo cessisse tertio, tertium quarto, quartum quinto; actione autem principali cessa, ad obtinendam scilicet Francofurti solutionem, actiones quoque accessorias, licet postea demum cedenti acquirerentur, adeoque etiam actionem ex denegata solutione & subsecuta protestatione primo natam, in quintum translatam fuisse, ac per eum posse moveri; patet ex *l. emtori* 6. *ff. de hered. vel act. vend.*

10. Quia vero in quibusdam circa cambiorum jura variant leges ac consuetudines variarum regionum, notandum est, in decidendis circa hæc controversiis spectandas esse leges loci illius, ad quem literæ cambii destinatæ, & in quo vel acceptatæ sunt, vel acceptari debuerunt, non item loci unde missæ; cum illic contractus intelligatur celebratus, ubi implementum ejus destinatum est, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act. l. aut ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. exigere* 65. *ff. de judiciis.* Quæ porro mensæ cambialis Amstelodamensis jura ac prærogativæ sint, qua ratione nummi apud mensam illam depositi arresto gravari nequeant; & quæ sint alia hujus generis, videri potest apud Roseboom *consuet. Amstelod. cap.* 50. *num.* 14. *& multis seqq.*

TITULUS III.

De Probationibus & Præsumtionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit probatio? Quid argumenta artificialia seu intita, & inartificialia seu assumta?*
2. *Probatio vel ordinaria est vel extraordinaria; ad extraordinariam etiam pertinet ocularis inspectio.*
3. *Est & vel plena vel minus plena. Quid si utraque? multum ab arbitrio judicis dependet, quousque probatio fidem faciat.*
4. *An, & quousque, fama ac rumores fidem faciant?*
5. *An fuga semiplene probet?*
6. *De probatione seu purgatione vulgari per ferrum candens, duellum &c.*
7. *De assertione vulnerati vulnerantem excusantis aut accusantis, de inscriptionibus et titulis et signis rei impositis, de unius testis depositione. Omnes probationes plena fieri possunt minus plena.*
8. *Probanda facta dubia, non notoria. Quid sit notorium? Quando jura probandæ sint?*
9. *Probat actor; sæpe reus, quoties graviores contra eum militant præsumtiones, vel ipse offert probationem.*
10. *An, et quando is, qui negat, onere probandi gravetur?*
11. *Probare tenetur qui non possidet.*
12. *Probandum intra tempora a judice vel lege præfinita. An illa tempora sint continua? An ante litem contestatam probari possit? An operetur aliquid productio instrumenti facta ante litem contestatam. De testibus examinandis ante litem contestatam, si mortis aut absentiæ metus immineat.*
13. *Non etiam recte fit probatio post conclusionem in causa. Quid juris, si ex uno latere tantum in causa conclusum sit? An post conclusionem in causa produci possit authenticum, cujus exemplum ante productum fuerat? An mediante restitutione post conclusionem in causa probatio nova fieri possit? An judex ex officio novam probationem injungere?*
14. *Quid sit præsumtio? Quotuplex? Quid sit præsumtio hominis, & quam vim habeat?*
15. *Quid sit præsumtio juris? Exempla ejus. Qui scripserint de his? Præsumtio juris levior pellitur per præsumtionem contrariam graviorem; quod exemplis docetur.*
16. *Quid sit præsumtio juris & de jure, & quæ exempla ejus.*

17. *Præsumtiones plerumque desumuntur ex eo, quod frequenter accidit; quandoque tamen etiam ex eo, quod raro contingit.*
18. *An ex præsumtionibus juris sententia ferri possit, & reus condemnari in civilibus & criminalibus causis?*
19. *Quid sint fictiones juris, & in quo distent a præsumtionibus?*
20. *Quid sit simulatio, & in quo distet a fictione juris?*

1. CUm in judiciis paria sint, aliquid non esse, et non apparere, ac multi in lite succumbant, quibus non jus sed probatio deficit, arg. *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut. leg. in re* 3. *ff. de fide instrum.* non mirum, si litigantium unusquisque omnes intendat vires ad conquirenda undequaque, quæ ad suæ causæ adstructionem conducere persuasus est. Probationem cum Cujacio *in paratil. C. h. t.* non male definiveris *intentionis suæ legitimam fidem*; seu actum quo rei dubiæ per argumenta fides sit. Qualia argumenta secundum Rhetores atque Dialecticos vel artificialia sunt, vel inartificialia. Artificialia dixerunt, quæ ex causa ipsa quodammodo trahuntur ac gignuntur, adeoque industria et arte ex ipsius negotii qualitatibus atque circumstantiis eruuntur; inde etiam a Cicerone *insita* appellata; veluti si quis a causa, vel ab effectu; vel ab alio quo loco dialectico, suas deduxerit pro litis justitia rationes. Inartificialia sunt, quæ extrinsecus ad fidem faciendam adhibentur, adeoque quæ extra dicendi rationem, accipit causarum Orator, ob id *assumta* a Cicerone dicta: cujus generis non modo tabulas et testes, sed et jusjurandum et præjudicia, et quæstiones esse, in iisdem maximam contentionum forensium partem consistere, Quintilianus auctor est, *instit. orator. lib.* 5. *cap.* 1. Sciendum tamen, omnia fere argumenta artificialia inniti inartificialibus; in quantum circumstantiæ ac qualitates negotii, ex quibus artificialia colliguntur atque formantur, per testes aut tabulas aliaque similia probandæ sunt. Qua ratione, si quis virginem esse neget, quia peperit; hominem a se Carthagini Calendis Aprilibus occisum inficietur, quia toto eo die alibi fuit; corruet omnis argumenti vis, nisi partus editio atque absentia a loco cædis aliunde doceatur. Idemque de ceteris judicium esto.

2. Dividitur quoque probatio, quod alia sit ordinaria, quæ scilicet per instrumenta aut testes fit; alia extraordinaria, ad quam jusjurandum nec non adversarii confessio pertinet, sive sponte emissa, sive per quæstiones extorta: unde & Jurisconsultus, agnoscens satis, has duas species ad probationem ordinariam ac proprie dictam haud posse referri, de jurejurando dixit, *perinde haberi id quod juratum est, atque si probatum esset, l. sed si possessori* 11. §. *si, cum de* 3. *ff. de jurejurando*; ac de confessione, *confessum pro judicato esse, l. 1. l.* 5. *l.* 5. *pr.* & §. 2. *ff. de confessis*. Ceterum de jurejurando actum satis in *tit. de jurejurando*; de confessione pluribus ex professo *ad tit. de confessis*, & *ad tit. de quæstionibus* tractandum erit. Sed & ad hanc extraordinariam probationem forte non perperam retuleris ocularem judicis inspectionem, de qua quædam tradita *in tit. finium regund. num.* 9. ac latius tractat Joh. Andr. Dorusperger *syntagmate juris de probat. libr.* 1. *cap.* 2. & 3. Rutgerus Rolant. *de commissariis & commission.* *part.* 2. *l.* 3. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 27. 28.

3. Est insuper probatio secundum Interpretes alia plena, alia minus plena. Plenam dicunt, quæ sufficientem gestorum fidem facit sic, ut judex per eam abunde instruatur ad sententiam ferendam. Minus plenam, quæ sola non satis instruit judicem, ut ad definitivam possit sententiam procedere, sive in se spectata debilior sit, sive per se satis firma, per alia in contrarium adducta labefactetur; quo fit, ut dubium incertumque relinquat animum ejus; ac in criminalibus quidem ad quæstionum adhibitionem subinde impellat, in civilibus vero ad jurisjurandi delationem, actori faciendam vel reo pro circumstantiarum varietate, secundum ea quæ pluribus *tit. de jurejurando n.* 27. & *seqq.* dicta sunt. Neque dubium, quin probationum minus plenarum aliæ magis, aliæ minus judicem movere valeant, atque adeo vel leviorem gignere in mente ejus suspicionem, vel præsumtionem graviorem; unde nec certis juris præceptis tradi satis apte potest, quantam probatio cuique rei adhibita judici fidem faciat: *qua argumenta* (inquit Imp. Hadrianus in suo ad Valerium Verum rescripto) *ad quem modum probanda cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita sæpe, sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur: alias numerus testium, alias dignitas & auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris, l. testium fides* 3. §. *ejusdem.* 2. *ff. de testibus.*

4. Illud constat, famam publicam rumoresque dispersos per se neque plene, neque semiplene (ut loquuntur) probare, sed tantum indicium aliquod facere, ad quod judex in criminalibus ulteriorem instituat veritatis indagationem, atque etiam circa tutores fama publica suspectos inquirat eosque removeat, si ex apertissimis rerum argumentis ei liqueat, tutorem suspectum esse, arg. *l. tutor quoque* 3. §. *præterea* 4. *ff. de suspect. tut. l. congruit* 13. *ff. de offic. præsidis*. Sed & probationes alias a fama publica concurrente adjuvari atque confirmari, habet *d. l.* 3. §. 2. *ff. de testibus*. De cetero fama tam ficti pravique tenax, quam veri nuncia; unde & Quintilianus *lib.* 5. *institut. orator. cap.* 3. scripsit: *famam atque rumores pars altera consensum civitatis & velut publicum testimonium vocat; altera sermonem sine ullo certo auctore dispersum, cui malignitas initium dederit, incrementum credulitas; quod nulli non innocentissimo possit accidere fraude inimicorum falsa vulgantium.* Cui consequens est, arbitrio judicis providi committendum esse, quo usque famæ credendum sit; licet hoc judicis arbitrium interpretes varie restrictum velint, ut patet ex iis quæ scripsit Thomas de Piperata, *in tractatu de fama*, qui est *in tractatu tractatuum tom.* 11. *part.* 1. *pag.* 8. Mascardus *de probationib. conclus.* 749. & *seqq. ad conclus.* 756. ad verbum *fama*. Joh. Andreas Dorusperger *syntagm. juris de probat. libr.* 1. *cap.* 40. Menochius *de præsumtion. libr.* 1. *quæst.* 1. *num.* 39. & *seqq.* & *quæst.* 89. *num.* 25. & *seqq.*

5. Fuga quoque, licet aliquam generet suspicionem

adversus fugientem, non tamen plenam, imo ne semiplenam quidem probationem habet. Esto enim, quod reus *per fugam sui pene accusator existat*, ut ait Imp. in *novell.* 53. *cap. si vero semel* 4. non tamen inde nocens dicendus est; cum non accusatio, sed convictio atque probatio, nocentem faciat; atque insuper a metaphoricis ac hyperbolicis novellarum, stilo luxurantium, locutionibus perperam argumenta petantur. Nec adversatur *l. impuberibus* 7. *§. praeterea* 2. *ff. de suspect. tut.* Non enim ibi fuga, vel potius latitatio tutoris, plenam aut semiplenam delicti alterius probationem continet, sed magis constituit ipsum illud delictum, propter quod tutor patitur missionem in possessionem rerum suarum, ac tanquam suspectus removetur; uti id ex *d. l.* 7. §. 3. apertum est. Quadratque haec eadem responsio etiam in legem *si in libertinum* 28. §. 1. juncto *princ. ff. de bonis libertorum.* Licet enim prima specie illic hi, qui fugerint, nocentibus atque damnatis aut conscientia sceleris metuque accusationis mortem sibi consciscentibus assimilati, ac aequaliter publicationem bonorum patientes, pro confessis atque convictis ex fuga habendi videantur: non tamen ita est: sed potius ipsa fuga est delictum illud, propter quod publicatio bonorum imponitur; eo quod ex juris Romani principiis rei criminum absentes & latitantes requirendi erant, ac citandi, ut se sisterent, atque interim bona eorum adnotabantur, ut, si ultra annum distulissent sui copiam facere, bona adnotata in fiscum redigerentur; non in poenam delicti, cujus insimulati erant, sed in poenam contumaciae, quod requisiti & edictis vocati spreverant judicem vocantem; adeo ut post annum sese sistentes ad innocentiae quidem demonstrationem admittendi essent, quo evitarent graviores delicto poenas a lege propositas, sed bona ob contumaciam publicata haud recuperarent, *l.* 1. *l. annus* 4. *& tot. tit. ff. de requirendis reis vel absent. damnandis, l. quicunque* 2. *C. eod. tit.* denique nec quicquam facit, quod in *l. consiliarios* 3. *C. de assessoribus*, fugientes videantur pro confessis habendi. Etenim ibi quoque fuga seu profectio praematura crimen constituit in personis illis, de quibus ibi sermo est; quatenus judices civiles & militares post administrationem depositam quinquaginta dies in civitatibus vel certis locis, ubi administrarunt, remanere debent, alioquin graviter, etiam tanquam rei majestatis laesae puniendi, *l. unic. C. ut omnes judic. tam civ. quam milit. post administr:* inter quas poenas & illa in *d. l.* 3. proponitur, quod judex qui accusatus consiliarios & domesticos suos (ex quibus veritatis inquisitio fieri poterat) subtraxit, seu curavit abesse, pro confesso habeatur, ac ut talis condemnari debeat. Plura de fuga, & inde nata praesumtione vel graviore vel leviore, inde apud Menochium *de praesumt. l.* 1. *qu.* 89. *n.* 56. *& seqq.* Mascardum *de probationib. concl.* 820. 821. 822. 823. ad verbum *fuga*. Jacob. Coren *consil.*

6. Longe minus plene vel semiplene fidem faciunt probationes illae, quae *canonicis* probationibus seu purgationibus in jure Canonico oppositae, *vulgares* dictae sunt: certum quippe nullum in jure naturae aut ratione fundamentum habentes, sed vulgi opinioni erronea ac corruptela inductae, seculis mediis barbarie laborantibus invaluerunt; veluti, qua per flammam, ferrum candens, aquam frigidam aut ferventem, sacram hostiam, duellum, & similia fiebant: quarumque descriptiones & exempla videri possunt apud Rittershusium *in partitionib. feudalibus l.* 2. *cap.* 10. *n.*27. *& multis seqq.* Petrum Gregorium Tholosanum *in syntagm. juris civilis libr.* 45. *c.* 15. *&* 16. Guidonem Papae *decis.* 597. *& seqq.*

7. Quantam porro fidem faciat assertio vulnerati vulnerantem excusantis aut culpantis, dicetur *in tit. de Senatuscons. Silan. & Claudiano.* Quo usque probent inscriptiones & tituli & signa rebus imposita, vide apud Dominum Ant. Matthaeum *de probationibus c.* 2. *num.* 40. *& seqq.* Quid operetur unius testis depositio, ex parte jam traditum *in tit. de jurejurando n.* 25. ac ulterius in *tit. de testibus* explicandum erit. Quae confessionis extrajudicialis sit auctoritas ad probandum, videri licet in *tit. de confessis.* Longum esset singulas enarrare probationum minus plenarum species; maxime si consideres, etiam omnes illas, quae in se spectatae efficaces essent ad plenam judici fidem faciendam, ex innumeris prope circumstantiis, ac tentatis in contrarium probationibus debilitari, & ita minus plenas fieri.

8. Versantur probationes circa facta, & ea quidem dubia, non certa aut *notoria* vulgo dicta, arg. *l.* 1. *in fine ff. de act. emti, l.* 1. *§. furiosum* 12. *ff. de oblig. & act.* (de quibus notoriis fuse egit Antonius de Butrio *tract. de notorio*, qui est *in tractatu tractatuum tom.* 4. *pag.* 50. Mascardus *de probat. conclus.* 1107. 1108. 1109. 1110. 1111. ad verbum *notorium*. Menochius *de arbitrar. jud. libr.* 2. *causa* 166. & *de praesumtion. libr.* 1. *quaest.* 67.) idque vel praecise, die & consule designato, vel etiam aliquando ἀπλᾶτα, puta, cum quaeritur, utrum operis alicujus facti memoria existat, nec ne, *l. in summa* 2. *§. idem Labeo* 8. *ff. de aqua & aquae pluv. arcenda, l. si arbiter* 28. *ff. h. tit.* de cujus emendatione Raevardus *variorum l.* 1. *cap.* 14. Factorum scilicet fides facienda est judici, quoniam sola facti quaestio in judicantis potestate est, non item juris auctoritas, *l. ordine decurionum* 15. *in fine pr. ff. ad municipalem, l.* 1. *§. quorum* 4. *in fine ff. de senatusc. Turpill.* Atque hinc nec jura probanda; quippe quae publice constituta certa apparent, judicique aut nota sunt, aut esse debent, adeo ut officium ejus sit supplere ea, quae in juris allegationibus advocatis partium deesse vides, secundum ea, quae *tit. de judiciis n.* 49. dicta sunt. Si tamen circa jus versetur facti quaestio, id quod facti est probatione indiget, veluti si quis legem neget promulgatam esse, ac ob id non ligare contendat, ut expositum *tit. de legibus n.* 10. vel si consuetudo allegetur, quam adversarius usu introductam inficiatur, *l. cum de consuetudine* 34. *ff. de legibus*, vel si personali privilegio quis nitatur, ac pars adversa excipiat, illud nunquam fuisse impetratum: vel denique quis dicat, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege aut constitutione, *l. ab ea parte* 5. *ff. h. t.* dum, verbi gratia, quis advocato partis objicit, eum de jure non posse postulare; vel accusatori, eum non posse accusare, quia tali laborat defectu, propter quem edicto praetoris, aut lege, postulandi vel accusandi facultas ei negata est: juxta *l. qui accusare* 8. *& seqq. ff. de accusation.* & *l.* 1. *ff. de postulando, l. si qui* 5. *C. eod. tit.* Vinnius *select. quaest. lib.* 2. *cap.* 11.

9. Probat autem primo loco actor suam intentionem, nisi illa in confesso sit, dein reus exceptionem;

cum excipiendo actor fiat, *l. si quidem* 9. *C. de exception. l. possessiones* 2. *l. exceptionem* 19. *l. actor.* 23. *C. b. t. l. verius* 21. *ff. b. t.* §. *non solum* 4. *in fine. Instit. de legatis.* Actore non probante, reus absolvendus est, licet nihil ipse præstet; nec actor profitendo, se probare non posse quod asseverat, reum necessitate monstrandi contrarium adstringit, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo, d. l.* 2. & *l.* 23. *C. b. t. d. l.* 9. *C. de exception.* nisi graviores contra reum militent præsumtiones; quippe quæ in reum rejicerent protinus probandi onus. Qua ratione, quia quisque bonus præsumitur, heres inofficiosi testamenti querela pulsatus docere debet, veram esse causam exheredationis testamento insertam, ac agenti impactam, *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in pr.* Conventus indebiti condictione a muliere, minore, milite, & similibus, soluta sibi reddere compellitur velut indebita, si non ipse debita probet. Idemque est, si primo ipsam inficiatus sit solutionem, & mendacii convictus, *l. eum de indebito* 25. & §. 1. *ff. b. t.* Subsidiaria quoque actione adversus magistratus mota per pupillos ex administratione tutelæ læsos, ab ipsis magistratibus vocatis probatio exigitur, idoneos fuisse dationis tempore tum datos tutores tum fidejussores admissos, *l.* 1. §. *probatio* 13. *ff. de magistrat. conveniendis.* Voluntatis mutatæ probationem ei incumbere, qui convenitur, Papinianus auctor est, *l. cum. tacitum* 5. *ff. b. t.* Et, cum legatarius duas protulisset scripturas legata sibi relicta continentes, heredi reo injunctum, ut probet, defunctum non duplicare, sed tantum repetere legatum voluisse, ac posteriorem scripturam inanem esse, *l. quingenta* 12. *b. t.* Sciendum tamen illis in casibus, quibus actori secundum jus commune prius onus probandi incumbit, dein reo, posse nihilominus reum, ad finem litis festinantem, & causæ suæ meritis fidentem, suas producere probationes, antequam ulla per actorem productio facta fuerit, dum suo quisque juri valide renunciat, ac reo etiam permissum est, ultro in se suscipere probationem, *l. circa eum* 14. *in med. ff. b. t.* Damhouderus *praxi civili c.* 160.

10. Probat & qui asserit, non qui negat, eo quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, *l. actor.* 23. *C. b. t. l. asseveratio* 10. *C. de non numerata pecun. lib.* 2. *l. quoties* 18. §. *ult. ff. b. tit.* si modo negatio facti, & negatio simplex sit, nullis circumstantiis loci aut temporis munita: nam si vel juris negatio fiat, vel facti negatio qualitatibus loci atque temporis vestita sit, ipsi negotii probatio per leges imposita est; cum hujusmodi inficiationes in se involvant affirmationem quandam, ex cujus probatione per argumentum artificiale educitur veritas negationis, unde & talem negationem à pragmaticis dici *negativam prægnantem*, monet Merula *Praxi l.* 4. *tit.* 69. *num.* 6. Qua ratione ei, quem promisisse stipulanti scriptum est in instrumento, quique promissionem a se factam negat, quia eo tempore præsens non fuit, hujus absentiæ probatio injuncta est; eo quod docendo, se alibi fuisse (quod affirmationem non vero negationem continet) docet aperte, se altero in loco, in quo promissio facta dicitur, præsentem haud fuisse, nec stipulanti promisisse, *l. optimam* 14. *C. de contrah. et comitt. stipulat.* §. *item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* Similiter compotem mentis non fuisse eum, qui codicillos fecerat considerat, probare tenetur, qui eo fundamento detrectat relictorum solutionem; cum probatis furoris actibus, eo tempore exercitis, quo codicilli feruntur conditi, sponte fluat, quod probandum erat, *l. ne codicillos* 5. *C. de codicillis.* Sed &, si quis Titium, qui pro Mævii filio habebatur, filium Mævii esse neget, negationis suæ fidem facere debet, probata scilicet partus suppositione, aliove quo facto, quod ipsum affirmationem habens, efficit, ut pateat, negationi veritatem adesse, *l. quidam, quæri* 15. *in fine ff. b. t. l. non nudis* 14. *C. b. t.* Et si filius *in potestate patris se esse* neget, ab eo probationem judex recte exegerit, quia se quodammodo liberum, seu a patria potestate liberatum, contendit, atque ita negando affirmat, *l. si filius* 8. *ff. b. t.* Is quoque, qui quid de se confessus fuit, (veluti, hominem a se occisum esse) si deinde neget ea, quæ confessione complexus est, subire debet probandi necessitatem; si confessionem suam sibi nolit damnosam esse, *l. inde Neratius* 23. §. *ult. l.* 24. *ff. ad leg. aquil.* Idemque de innumeris prope aliis, in jure sparsim occurrentibus, dicendum est. Confer de negatione probanda Franciscum Herculanum & Martinum de Fano, *in tractatibus de negativa probanda*, in tractatu tractatuum *tom.* 4. *fol.* 10. *et seqq.* Meyerum *Collegio Argentorat. ad Pand. b. t. n.* 7. Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 12. Parentem p. mem. Paulum Voet. *in prima Philosophia cap.* 7. *sect.* 2. *n.* 14. & *seqq.* & *ad* §. 12. *Instit. de inutil. stipulat. n.* 4.

11. Probat denique is, qui non possidet; utpote quo deficiente in probatione, possessor vincit ac absolvendus est: eoque nititur fundamento prudens Gaji monitum, cum ait, eum, qui destinavit rem petere, animadvertere debere, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere, & adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente, petere, *l. it, qui destinavit* 24. *ff. de rei vindic. l. ult. C. eod. t.*

12. Facienda probatio intra tempus a judice vel lege, certas ad probationem faciendam dilationes variis in casibus indulgente constitutum, *l.* 1. *C. de dilationib. l. quinquaginta* 58. *ff. de excusat. tut.* adeo ut hæc tempora continua esse, atque ipsis etiam feriatis diebus currere velint arg. *l. sive pars* 3. *C. de dilationibus*, ac peremtoria esse. Christinæus *ad Leg. Mechl. t.* 1. *art.* 28. *in additam. num.* 2. licet aliquando ex justa causa aliam concedi dilationem cautum sit, Instruct. Curiæ supr. *art.* 165. & *seqq.* Curiæ Hollandicæ *art.* 59. & 147. Curiæ Brabant. *art.* 452. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 909. Et quidem regulariter probandum post litem contestatam, ante conclusionem in causa, *auth. at qui C. b. t.* Ante litem contestatam præmatura ac sæpe superflua probatio est; cum sciri nequeat, quid reus confessurus, quid negaturus sit, ac sola negata, non item ea quæ in confesso sunt, probatione indigeant. Quæ adeo vera, ut pragmatici velint, nihil agi per instrumentorum productionem, quæ litem contestatam antecessit, nisi post litem contestatam repetatur. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 53. Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 9. Si tamen ante litem contestatam metus justus subsit, ne forte testes moriantur, jam senes vel ægrotantes, aut ne longe absint peregrinatione in plures annos continuanda, indeque non jus tandem, sed probatio deficiat, etiam ante litem

contestatam solemnem testium audiri depositionem, ac in perpetuum rei memoriam asservari obsignatam, & suo tempore una cum reliquis probationibus publicandam, moris est. Ita tamen, ut citandus videatur futurus adversarius, quo testium productioni adsit, &, si coosultum putet, eosdem vicissim pro se interrogari petat. Quibus observatis, perinde id habendum erit, ac si post litem contestatam examen peractum esset; nisi post litem contestatam testes etiamnum in vivis essent, quo casu rursus producendi forent, depositiones suas confirmaturi, *cap. quoniam frequenter* 5. *extra*, *ut lite non contestata non procedatur ad test. receptionem. Ampliatie van d'instructie van den Hove van Holland.* 21. *Dec.* 1597. *art.* 19. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 771. *Instructie van den Hove van Vlaanderen art.* 322. *d. vol.* 2: *pag.* 2747. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 60. Damnouderus *praxi civili cap.* 162. And. Gayl *libr.* 1. *observ.* 92. 93. 94. Joh. Andr. Dornsperger. *syntagm. juris de probation. lib.* 1. *c.* 17. Rutgerus Rulant *de commissariis & commission. p.* 2. *lib.* 1. *c.* 1. *& mult. seqq.* Wassenaar *pract. judiciel. c.* 1. *n.* 166. 167. 168. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 53. Sed & ante litem contestatam probandas esse declinatorias fori exceptiones, & quæ dicuntur *litis finitæ*, impedientes ingressum litis, alibi traditum.

13. Ex adverso post conclusiooem io causa ulterior probationum productio seu adhibitio improbata est, ob metum subornationis, *auth. jubemus C. de judicii.* Instructio Curiæ Holl. *art.* 81. si modo ex utroque latere in causa conclusum & ita ulteriori productioni renunciatum fuerit: nam si ex uno tantum latere in causa conclusum sit, etiam huic ipsi, qui in causa jam conclusit, adhuc in Hollandia probatiooes facere permissum est, eo quod tunc nondum didicit adversarii productiones. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 42. Post conclusionem tamen in causa ipsum produci authenticum instrumentum, cujus solum exemplum aotea productum fuerat, nihil impedit; cum illa nova probatio dici nequeat, maxime si notabilis negligentia produceotis incursari non possit, Rittershusius *ad novellas lib.* 9. *cap.* 24. *num.* 22. Vide Carpzovium *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 11. Sed & post conclusionem in causa ac probationum publicatiooem novas probatiooes, præcipue noviter repertas, producendi licentiam frequenter impetrari, petita ad id io integrum restitutione, in praxi receptum est. Confer Instr. Curiæ supremæ *art.* 191. *& seqq.* Ultrajectinæ *t.* 14. *van requeste civile*, *art.* 2. *& seqq.* Flandricæ *art.* 310. *& seqq. vol.* 2. *placit. Holl. p.* 2745. Wassenaar *pract. judic. cap.* 2. *num.* 1. *& multis seqq.* Quin imo, si lis apud delegatos Ordinum Hollandiæ (*Gecommiteer de Raden*) agitetur, etiam sine restitutionis impetratione nova documenta produci, postquam jam utrimque documenta communicata sunt, cautum est. *Reglement van de Rolle van de Gecommiteer de Raden* 22. *Januarii* 1660. *art.* 23. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1125. Similiter & ipsos judices, examinatis reprobationibus probationum atque salvationibus, decernere posse ulteriorem inquisitionem in facta salvationibus aut reprobationibus comprehensa, si putent, inde dependere, ut hoc vel illo modo sententia feratur, constat ex Instructione Curiæ Hollandicæ. *art.* 148. Quæ & alia similia apertius & perfectius a quotidiano judiciorum usu petenda, ac agendo discenda sunt. Etenim in modo, forma, ac ratione probandi observanda consuetudo loci, in quo litigantur, & ubi probationes producuntur, *l. testium fides* 3. *§. ult. ff. de testibus.*

14. Altera tituli parte de præsumtionibus agitur, quæ sunt conjecturæ ex signo verisimili ad probandum assumtæ; vel opiniones de re iocerta, necdum penitus probata. Harum triplicem speciem DD. constituunt, aliam nempe hominis, aliam juris, aliam juris & de jure. Præsumtio hominis est, cum ex ipsius oegotii probabilibus qualitatibus ac circumstantiis aliquid inducitur, & fidem quandam invenit, aliquando majorem, aliquando mioorem, donec contrarium probatum aut gravioribus præsumtionibus inductum fuerit. Qua ratione nemo negaverit, graviorem contra Titium præsumtionem militare, si ipse inimicus Mævii existens cædis tempore visus sit gladio cruentato, mente turbata, torvo vultu, egredi ex cœnaculo, in quo Mævius occisus est, nec tamen ideo plena ex hoc solo atque perfecta probatio surgit. Et quamvis dubium non sit, quin apud viros graves et honestos suspicio quædam nascatur, tutelam fraudulenter gestam et ratiooes pupillares distractas fuisse a tutore, cum nec ipse nec uxor ejus quicquam ante administrationem habuissent, et derepente tempore administratæ tutelæ opulentus evasisset, non tameo hoc sufficiens ad probandum indicium est, sed aliis id argumentis comprobari oportet; eo quod pauperibus augmentum patrimonii labore et industria multisque casibus aliis acquiri potest, et in dubio bonus unusquisque credi debet, donec aliud probatum fuerit, *l. si defunctus* 10. *C. arbitrium tutelæ*, *l.* 51. *ff. pro socio.* Dependent ergo potissimum ab arbitrio judicis hæ præsumtiones hominis, quantam nempe iis vim, quantamque fidem, secundum animi sui religionem, tribuat. Menochius *de præsumtion. lib.* 1. *quæst.* 44. *n.* 8. 9.

15. Juris præsumtio dicitur, quæ ex legibus introducta est, ac pro veritate habetur, donec probatione aut præsumtione contraria fortiore enervata fuerit. Cumque ex ipso jure descendat, in potestate vero judicis facti quidem quæstio sit, oon juris auctoritas, consequeos est, eam ab arbitrio judicis haud dependere, arg. *l. ordine* 15. *in fin. pr. ff. ad municipalem*, *l.* 1. *§. quorum* 4. *ff. ad senatusc. Turpill.* Menochius *de præsumt. d. lib.* 1. *quæst.* 44. *num.* 3. *& seqq.* Hujus exempla prope infinita per uoiversum jus dispersa, singulis in materiis fere adnotata sunt; veluti, neminem velle suum jactare, *l. cum de indebito* 25. *ff. h. t.* Ademtum legatum, quod testator ex libera voluntate alienavit, *l. rem legatam* 18. *ff. de admin. vel trasferend. legatis*, aut si capitales inter testatorem et legatarium inimicitiæ exarserint, *l. si quis ita* 3. *§. ult. ff. eod. tit.* Pignore per creditorem legato ei, qui id obligaverit, remissum esse pignoris jus, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de liberatione legata.* Negotium unumquodque, quod gestum est, rite atque ordine, solemnitatibus tum interois tum externis adhibitis gestum esse, *§. si scriptum* 17. *Instit. de inutil. stipulat. §. ult. Instit. de fidejussoribus*, *l. sciendum est*, 30. *l. Titia quæ* 134. *§. pen. ff. de verb. oblig. l.* 1. *C. de contrah. & commit. stipulat. l. si scriptum* 11. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 19. Quæ pauca hic attigisse suffecerit, longam enim præsumtionum seriem habent, qui de his scripserunt, Guido Papa *de præsumt. in tractatu tractatuum tom.* 4. *fol.* 400. Menochius *de*

præsumtion. Alciatus *de præsumt.* Dornspergerus *in syntagmate juris de probation. lib.* 1. *cap.* 38. & 39. De cetero præsumtionem leviorem a graviore pelli, ex variis facti speciebus constat. Ita, licet nemo præsumatur velle jactare suum, *d. l.* 25. *ff. h. t.* tamen si sciens indebitum solverit, donasse præsumitur, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.* Præsumitur quisque solvisse quod erat debitum, ac indebitum a se solutum asserens probare debet. Sed si accipiens primo numerationem ipsam inficiatus ac mendacii convictus fuerit, indebitum accepisse creditur, uti & mulierem, militem, minorem, ac similes indebitum solvisse præsumtio est, ubi intentant indebiti condictionem *dict. l.* 25. *pr.* & §. 1. *ff. hoc t.* Patrem, quæ filio studiorum causa peregre agenti subministravit, non credendi animo sed pietate debita ductum misisse, si non aliud probetur, Ulpianus auctor est *l. qua pater* 50. *ff. familiæ ercisc.* si tamen bona materna filius habeat, credendi ac deducendi opinione in studia aut honorem filii a patre erogatum fuisse, judex arbitrabitur, *l. ult. ff. de petit. hered.*

16. Præsumtionem juris & de jure appellant interpretes, quoties jus præsumit aliquid, ac super præsumto disponit, nec admittit in contrarium probationem, veluti puellam minorem annis duodecim needum viripotentem esse; ideoque nullas cum ea posse nuptias contrahi, licet in domum mariti deducta, jam loco nuptæ esse cœperit, *l. quæsitum est* 9. *ff. de spons.* arg. *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. nec ullam* 13. §. *omnibus* 1. *ff. de petit. hered.* Minores viginti quinque annis, qui curatores acceperunt, impares esse rebus suis administrandis, licet res bene gerant, & ob id ad eam usque ætatem curatorum auxilio debere regi, *l.* 1. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis.* Eum, qui cum aliena uxore loqui deprehenditur in domo mariti, vel uxoris, vel in popinis, vel in suburbano, cum ei jam ter a marito in scriptis sub præsentia trium testium fide dignorum denunciatum esset, ut abstineret, adulterum esse: ac propterea impune a marito occidi *auth. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Donare voluisse eum, qui sciens prudens indebitum solvit, ideoque denegandam ei indebiti condictionem, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris, l. quod quis sciens* 50. *ff. de condict. indeb.* Falsi crimen commisisse, qui sibi fuisse in testamento alieno quid adscripsit, ideoque & relictis carere debere, & ex publico legis Corneliæ de falsis judicio damnari, *l. Divus Claudius* 15. *ff. ad leg. Cornel. de falsis.*

17. Licet autem præsumtiones aut plurimum ex eo, quod frequenter accidit, & fieri ordinarium est, desumi soleant, quandoque tamen ea etiam, quæ rarius eveniunt, lex præsumit, usque adeo, ut & super præsumto tali disponat. Tergeminos uno partu edi rarius est, frequentius singulos; & tamen in casu, quo pater uxore prægnante & filiis jam natis relictis moritur, præsumtum fuit tergeminos nascituros, & ob id definitum, ita interim, donec vidua pepererit, defuncti parentis hereditatem liberis jam natis assignari, ut tres partes utero reserventur, quasi tergeminis nascituris, *l. antiqui* 3. *l.* 4. *ff. si pars hered. pet.* Ad centum annos vivere homines, prout nunc hominum corpora tellus producit, insolitum esse, certum est; si tamen municipio, corpori, vel collegio ususfructus constitutus fuerit, centum annis tuendos esse municipes placuit, quia is finis vitæ longævi hominis est, *l. an. ususfr.* 56. *ff. de ususfr. & quemad. quis ut.*

18. Ceterum ex præsumtionibus juris & de jure ferri posse sententiam, vix ambigi potest, cum ea ratione secundum leges, aliquid præsumentes, ac super præsumto disponentes, judicetur. Sed & ex solis juris præsumtionibus, probatione contraria aut præsumtione fortiore non enervatis, sententiam absolutoriam ferri posse, tum in civilibus tum in criminalibus, dubium esse nequit, si consideres, actore non probante eos regulariter absolvendos esse, licet ipsi nihil præstent, dum pro his rem possidentibus præsumtio militat in actionibus in rem; & nemo se vel res suas obligasse creditur; nemo delicti vel criminis intuitu nocens, sed magis bonus præsumitur; quo fit, ut ab actione in personam aut accusatione absolvendus sit, qui nec debitor nec nocens per adversarium probatur, secundum vulgata jura. In caussis quoque civilibus ex juris præsumtione condemnationem sequi posse expeditum puto: nam si quis indebiti condictione conventus, ipsam pecuniæ solutionem per mendacium inficiatus sit, ita indebitum ei solutum præsumitur, ut, nisi ipse debitum probet, ad soluti restitutionem compellendus sit, *l. cum de indebito* 25. *ff. h. t.* idemque est, si a muliere, vel milite, vel minore, indebiti condictio intentetur, *d. l.* 25. §. 1. *ff. h. t.* Conventi actione subsidiaria magistratus in id, quod pupillus a tutore ac fidejussore ejus servare non potuit, condemnationi subjacebunt ex eo, quod jus præsumit, eos vel non idoneos dedisse tutores, vel fidejussores minus idoneos admisisse, si non ipsi contrarium docuerint, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. 12. & 13. *ff. de magistratibus conveniendis.* Simileque jus est in ceteris casibus, in quibus leges contra reum præsumtiones induxerunt. Vide *l. fideicommissa* 11. §. *si rem suam* 12. & 13. *ff. de legatis* 3. *l.* 9. §. 2. *l.* 16. *l.* 17. *l.* 18. *l.* 22. *l.* 25. *ff. de reb. dubiis, l. cum hic status* 32. §. *si ambo* 14. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Præterquam quod & a pragmaticis est traditum, ex pluribus præsumtionibus simul junctis etiam sæpe plenam posse induci probationem; de quo vide Menochium *de præsumt. lib.* 1. *qu.* 40. & 41. Mynsingerum *cent.* 2. *observ.* 100. Berlichium *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 36. *n.* 156 & *seqq.* Causas criminales quod attinet, licet ibi regulariter requiri videantur probationes luce meridiana clariores, nec ex *suspicionibus* solis pœnæ infligendæ aint, satiusque tunc existimatum fuerit, impunitum dimitti facinus nocentis, quam innocentem condemnari, *l. absentem* 5. *ff. de pœnis;* tamen & ex præsumtionibus urgentissimis reum damnari posse, innuit *l. ult. C. h. t.* in qua dum ab Imperatoribus rescriptum est, accusatores eam rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit *idoneis testibus*, vel instructa *apertissimis documentis*, vel *indiciis indubitatis & luce clarioribus*, per indicia indubitata, a testibus & a documentis idest instrumentis distincta, non aliud intelligi posse videtur quam gravissimæ præsumtiones ex criminis ipsius qualitatibus, atque circumstantiis surgentes. Atque ita in *l. si quis adulterii* 34. *C. ad leg. Jul. de adulteriis*, proponuntur indicia manifesta, ex quibus facinus velut convictum confessumque puniri jubetur. Quibus similia sunt, quæ traduntur in *aut. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Incestus pœnas iis imponendas esse qui clam incestuosas nuptias con-

traxerint, quia præsumit jus eos scientes incestu se polluisse, Paulus docet *l. ult. in fine ff. de ritu nuptiar.* Ex lege Cornelia dum is solus punitur, qui dolo occidit, necesse est, ut admittamus, ex præsumtionibus damnationem sequi; cum dolus, in mente residens, non nisi ex ipsius facti qualitatibus colligi, atque ita ex præsumtione doceri possit, *l. 1. §. Divus 3. ff. ad leg. Cornel. de sicariis*, junct. *l. dolus emtoris 10. C. de rescind. vendit. l. fraudis interpretatio 79. ff. de reg. juris.* Sande *decis. Fris. lib. 5. t. 9. defin. 14. ibique plures citati.*

19. Præsumtioni affinis est fictio juris; commentum scilicet ad conciliandam æquitatem cum ratione & subtilitate juris. Quæ tamen juris fictiones in eo distant a præsumtionibus, quod præsumtiones ea contineant, quæ probabilem habent veritatem, fictiones vero manifestam supponant ac agnoscant falsitatem, licet de cetero tantum soleant operari in casu ficto, quantum veritas in casu vero, uti id latius traditum *tit. de reb. creditis num. 4. 5. 6.* Confer de juris fictionibus D. Noodt *probabilium lib. 3. cap. ult.* Anton. Dadinum Alteserram, *in libello de juris fictionibus.*

20. Fictioni non absimilis simulatio est, nisi quod fictiones *juris* sunt, & effectum in jure sortiuntur; at simulationes *hominum* magis, & effectu carere debent, ubi deteguntur, dum plus valere debet quod agitur, quam quod simulate concipitur, *tit. C. plus valere quod agitur &c.* Ex quibus autem circumstantiis contractus præsumi possit simulatus, prolixius excussit Lambertus Goris *Adversarior. tract. 3. cap. 14. n. 1. & seqq. usque ad n. 15.*

TITULUS IV.

De Fide instrumentorum & Amissione eorum.

SUMMARIA.

1. *Quid sint instrumenta? An & in criminalibus possint fidem facere?*
2. *Quid sint instrumenta publica, quæ auctoritate publica conficiuntur? Acta publica non sunt ex locis, ubi asservari solent, transferenda.*
3. *De instrumentis publicis a tabellione confectis. Quæ eorum requisita ex jure Romano? Quæ ex moribus hodiernis? De protocollo per tabellionem habendo. An propria tabellionis manu scribi debeat? An instrumentum sit nullum si tabellio protocollum facere neglexerit? Debet tabellio aut testes novisse eos, qui contrahunt aut testantur. Si ob neglectas a tabellione solemnitates instrumentum sit nullum, tabellio læsis tenetur ad id quod interest.*
4. *Tabellio debet esse legitime creatus & admissus. Quid si scribat extra locum, in quo admissus? Quid si putativus tantum? An instrumentum legitime a tabellione factum ubique fidem faciat? An & in locis, ubi tabellionum usus non est?*
5. *Quibus in casibus tabellio non majorem fidem faciat quam alius privatus? Quid si gestis præsens non fuerit? Quæ fides ejus, quatenus de sana mente testatoris & similibus testatur? An sibi aut suis adscribere, aut alios obligare possit? An pater tabellio filii testamentum excipere, & vice versa?*
6. *De instrumentis quasi publicis trium testium subscriptione munitis, aut confectis per actuarios, consultum nationis Belgicæ negotiantis in locis peregrinis, de libro auctionarii publici; de actis collegiorum, civitatum, ecclesiarum.*
7. *Regulariter exemplo instrumenti publici non creditur. Quando tamen credatur? Quid si protocollum perierit, sed extet exemplum ab eodem tabellione cum authentico collatum & subscriptum?*
8. *An contra tertium vel pro tertio probet instrumentum publicum? An non saltem in antiquis? An probet, quatenus habet relationem alterius instrumenti? Quo modo firmetur fides instrumenti publici, quod ex longinquis regionibus adducitur?*
9. *Instrumenta* guarentigiata *apud nos non obtinent.*
10. *Quid sit instrumentum privatum? Ubi & de apochis, & antapochis, ac harum usu.*
11. *Privatum contra scribentem plene probat, si agnitum. Si quis neget se scripsisse, & mendacii convincatur, quo modo puniatur? An ex sola literarum collatione possit mendacii convinci? An instrumentum privatum, si scriptum quidem sit ab aliquo, sed non subscriptum, probet contra eum?*
12. *Contra tertium vel pro tertio non probat instrumentum privatum: nec pro scribente. An, & quando, & in quibus libri mercatorum & ephemerides eorum probent? An probent pro tertio? Et quid, si unus ex mercatoribus sociis rationes nomine omnium scripserit?*
13. *Quam fidem mereantur libri advocatorum & procuratorum de salariis sibi debitis? Quid in libris publicanorum? In rationibus sociorum? In notatis lignis diffissis, vulgo* Kerf Stoken?
14. *Quomodo evertatur fides instrumentorum? Quid si is, qui obligatus dicitur, probet se tunc alibi fuisse? Quid si testes adhibiti in instrumenta omnes jurato deponant, aliter negotium gestum fuisse? Quid si omnes negent, se præsentes fuisse? Quid si instrumentum simulata contineat? Quid si scripturæ diversæ sibi contrariæ ab una parte producantur?*
15. *Quid, si ab actore & reo producantur instrumenta sibi invicem directo contraria? Quid, si ex pluribus testibus pauciores instrumento contradicant, aut sigillum suum non agnoscant? Quid si instrumentum sit cancellatum, deletum, aut margini ejus quid adscriptum?*
16. *Quid, si ipse tabellio fateatur, se falsa in instrumento scripsisse? An uno instrumento tabellionis falso pronunciato, etiam reliqua ab eo scripta pro falsis habenda? si pars una instrumenti falsa probetur, an & altera falsa censeri debeat?*
17. *An instrumentum invalidum, si non contineat causam debiti?*
18. *An quis possit instrumentum, quod pro se produxit, reprobare, si & adversarius eo uti velit? & an quis instrumentum a se productum possit liti eximere invito adversario? An libri rationum etiam contra producentem possit fidem facere?*
19. *An amissio instrumenti noceat, si aliter res gesta probari possit? Et quid, si instrumentum ex conventione vel statuto sit necessarium?*
20. *Ubi protocolla tabellionum post eorum obitum sint asservanda?*
21. *An semper prosit, jurejurando asserere, se nec possidere nec dolo desiisse possidere instrumentum,*

de cujus exhibitione convenitur, quòve ipse fuisset usurus?

22. *An, si de dubito constet, debitor solutionem denegare possit sub eo prætextu, quod chirographum amissum ei reddi nequit?*

23. *An creditor debitorem cogere possit, ut loco amissi chirographi aliud det, ubi de debito constat?*

1. QUamvis instrumentorum appellatione subinde etiam testes, seu personæ judicem instruentes, contineantur, *l. notionem* 99. §. *ult. ff. de verbor. signif.* tamen hoc in titulo instrumentum est scriptura ad rerum gestarum fidem comprobandam assumta, *l. in re* 4. *ff. h. t. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hyp.* non in civilibus tantum, sed & in criminalibus negotiis fidem faciens, arg. *l. in exercendi* 15. *C. h. t. l. ult. C. de probation. l. ubi falsi* 22. *C. ad leg. Cornel. de falsis.* Nam quod Hadrianus Imperator rescripsit, *testibus se non testimoniis crediturum*, *l. testium fides* 3. §. *idem divus* 3. *ff. de testibus*, non eo pertinet, ut per instrumenta fidem criminis fieri vetuerit; sed tantum, quod ipsos testes præsentes censuerit super crimine interrogandos esse, ut ex vacillatione vel constantia in respondendo dijudicetur, quo usque eorum depositioni credi oporteat. Unde & in *seq.* §. 4. *d. l.* idem Imperator ait, *aliam esse authoritatem præsentium testium, aliam testimoniorum, quæ recitari solent.*

2. Sunt autem instrumenta quasi in subsidium introducta; cum sine iis de veritate rei gestæ post longa tempora vix quicquam certi possit cuiquam constare, dum labilis est hominum memoria, vita brevis, & obnoxia fallaciis humana negotia. Horum vero instrumentorum alia publica, alia privata sunt. Publica dicuntur, primo quidem, quæ authoritate publica conficiuntur, veluti tabulæ censuales & alia acta publica, sparsim in jure occurrentia, ac multis in negotiis adhibenda, *l. census* 10. *ff. de probation.* §. *aliæ* 2. *Instit. de donation. l. donatio* 25. *l. data* 27. *l. in hac* 20. *l.* 31. *C. de donation. l. publicati* 2. *l. testamenta* 18. *C. de testamentis, l. testamenti tabulas* 2. *C. quemadmod. testam. aper. inspic. & describ.* quæ ne corrumpantur, aut intervertantur aut amittantur, in eodem loco jubentur perpetuo asservari, prohibita omni eorum translatione, *d. l.* 18. *C. de testamentis*, sicut etiam apud nos nunc vetitum decreto Curiæ Holl. 11. *Sept.* 1569. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1415. ne quis ex Graphejo curiæ libros domum ferat.

3. Sed & secundo publica instrumenta sunt, quæ forma solemni a persona publica, puta tabellione, conscribuntur, *l. contractus* 17. *C. h. t. l. ult. C. de jure deliberandi princ. instit. de emt. vendit.* quorum requisita erant ex jure Romano, ut scriberentur a tabellione in charta signata, *nov.* 44. *cap.* 1. & 2. ac exprimeretur in iis nomen Imperatoris & annus imperii, præterea consul, indictio, mensis, dies, *nov.* 47. *cap.* 1. §. 1. atque insuper locus, in quo conficiuntur, utpote qui maxime ad fidem eorum firmandam, falsitatemque detegendam, conferre potest, arg. *l. optimam* 14. *C. de contrah. & commit. stipulat.* §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat.* Neque hoc, quod de loco dictum, mutatum est per *d. nov.* 47. *cap.* 1. §. 1. tum quia Imperator disertis cavet verbis, *se priorum nihil auferre*, seu nihil antiquo juri derogare; tum quia nominatim civitatis annum inseri jubet, quod necessario involvit loci seu civitatis expressionem. Nostris autem moribus præprimis necesse est, ut tabellio omnia instrumenta a se tanquam tabellione confecta referat in memorialem scripturam, (quæ *protocollum* dici solet) habentia subscriptionem contrahentium aut testantium, & testium, atque ipsius quoque tabellionis; indeque deinceps exempla verbo tenus transcribat, suaque confirmet subscriptione, significante, exemplum cum exemplari seu protocollo collatum convenire. Quam memorialem scripturam si tabellio non confecerit, ut ad eam velut ad instrumentum principale recurri possit, munere privandus aliaque pœna arbitraria coercendus est. *Edicto Caroli V.* 4. *Octobr.* 1540. *art.* 13. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 58. ut tamen ob id non videatur ipsum instrumentum dicendum nullum, ne alioquin in tabellionis, pretio vel alio modo corrupti, potestate foret, interverso aut suppresso protocollo, actus omnes eorum, qui apud ipsum egerunt aut contraxerunt, inutiles efficere. Radelantius *Curia Ultraject. decis.* 125. *num.* 2. Marta *in digestis, juris novissimi Tom.* 3. *tit. instrumentum cap.* 49. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 22. *lit. B in postrema editione.* Et quamvis consultius sit, totam primam memorialem scripturam manu tabellionis ipsius scribi, tamen, si alio scribente ipse dein subscripserit, atque ita confirmaverit instrumentum, tanquam apud se confectum, vim ei haud esse denegandam plures opinantur. Ant. Sola *ad constit. Sabaudiæ tit. de opposition. contra formam extrinsec. Instrum. pag. mihi* 277. 270. De cetero exprimendus locus & tempus, & nomina, cognomina, qualitates, dignitates contrahentium aut testantium, ac testium, quæ vulgo nota. Vide Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 226. (vel 228.) *pag.* 649. eumque in finem opus est, ut vel ipse tabellio, vel testes negotio adhibiti fide digni ac tabellioni noti, noverint eos, qui apud ipsos contrahent aut elogia suprema condunt, & id ipsum exprimatur, *Edicto Caroli V.* 4. *Octobris* 1540. *art.* 14. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 319. neque suffecerit, testatorem aut contrahentem alterutri testi notum esse, sed utrique debet esse cognitus sub pœna nullitatis, *Decreto Ordinum Holl.* 18. *Martii* 1671. *vol.* 3. *placitorum Holl. pag.* 48. Et generaliter eas adhiberi oportere solemnitates, quæ præfinitæ sunt lege loci, in quo unumquodque instrumentum conficitur, expositum antea *cit. de constit. Principum* parte altera *de statutis*, *n.* 15. 14 13. quales etiam in dubio præsumi adhibitas, donec contrarium probetur, dictum *tit. præced. de probat. n.* 15. Quod si solemnitates quædam, lege publica vel more necessariæ, omissæ fuerint, & ob id instrumentum effectu destituatur, tabellio ad damni reparationem læso obstrictus est, cum culpa sit, aut profiteri artem, quam non calleat, aut negligenter in ea exercenda versari, arg. *l. jubemus* 29. *in fine C. de testamentis*, *p. Instit. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *si mensor. fals. modo dixerit, l. idem juri.* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *c.* 27. *num.* 17. & *seqq.*

4. In primis vero requiritur ad horum instrumentorum a tabellione confectorum validitatem, ut ipse auctoritate publica constitutus, ac fides ejus publice probata sit. Qua occasione disputari solet, an gesta

apud tabellionem putativum, vel creatum quidem sed impedimento legali laborantem, subsistant, nec ne? Uti &, an instrumentum nullum sit, ac fidepublica destituatur, si tabellio extra territorium Principis illius, a quo creatus est, illud conscripserit? Ac, quid juris sit, si conscripserit quidem in territorio ejusdem Principis, sed in alia urbe vel pago, quam in quo a magistratu admissus est? Quæ omnia a me jam tractata vide *in tit. de officio pratorum num.* 6. & 7. Ceterum, ubi nullum in tabellione vitium, nullus defectus est, confecta ab eo instrumenta publica non tantum in loco, in quo creatus ac admissus est, sed & ubique aliis in locis, fidem inveniunt: ut ex iis, quæ in *tit. de constit. princ.* parte altera *de statutis n.* 13. & *seqq.* dictat, colligi potest: exceptis iis regionibus, quarum lege reprobatus deprehenditur in universum usus tabellionum; utpote in quibus licet testamenta alibi coram tabellione condita & contractus a tabellione alibi conscripti fidem mereantur, & effectum habeant circa res illic sitas, difficilius tamen admittuntur ea, quæ ad actus judiciales expediendos pertinent. Atque hinc est, quod in Gelria Gelri nihil deferunt instrumento mandati ad lites, alibi coram tabellione ac testibus facto, sed scriptum apud acta, seu coram lege loci, mandatum requirunt; quin & circa contractus, & testamenta alibi a tabellione confecta, testimonium ipsius magistratus, quo significatur, hunc, qui instrumentum scripsit, talem esse, cui in omnibus fidem habent, Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 11. parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 10. *n.* 11.

5. Observandum tamen, hanc tabellionum fidem publice probatam non ultra operari quam quantum ad ea, quæ a tabellione, qua tali, adeoque nomine officii gesta sunt: in ceteris non majorem eos, quam privatos quosvis alios integræ famæ homines, fidem facere, dum vel tanquam testes in negotio, cui interfuerunt ut privati, producuntur, vel instrumentum sine forma solemni, sine testibus, adeoque privatum, in gratiam tertii, ab iis conscriptum est. Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 105. *n.* 39. & *seqq.* Mascardum *de probation. concl.* 1101. *quanta sit notarii auctoritas.* Praterea, in quantum non de ipsis gestis actis atque transactis inter partes testantur in suis instrumentis, sed de prærequisitis qualitatibus paciscentium aut testantium, vulgatis clausulis comprehendi solitis, præsumtionem quidem veritatis pro iis militare, sed hanc contraria probatione subverti posse, Ant. Faber docet, dum testatorem sanæ mentis esse, mulierem Vellejano renunciantem beneficii sui admonitam fuisse, aliaque similia, instrumento asserta sunt, *C. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 26. Quin imo nullam omnino fidem invenit tabellionis instrumentum in iis, quæ non præsente, sed absente tabellione inter partes acta dicuntur, Abr. a Wesel *ad nov. const. Ultraject. art.* 6. *n.* 24. Uti nec in his, quæ tabellio in publico instrumento in suam suorumve scripsit utilitatem: qua ratione neminem sibi suisve in testamento alieno adscribere posse, sed magis falsi reum esse ex jure Romano, alibi dicendum erit, ac patet ex *l. Divus* 15. *ff. ad leg. Corn. de falsis. tit. C. de his, qui sibi adscripser. in testament.* Et quemadmodum exemplo perniciosum est, ei scriptura credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit, *l. exemplo*, 7. *C. de probation.* ita quoque suspectum haberi debet illud notarii instrumentum, quo non se aliis, sed alios sibi filiove suo devinctos scribit. Nam etsi non videtur negandum, quin filius suo patri vel matri, & pater vicissim suo filio, testamentum condituro tanquam tabellio adesse, ac supremum morientis elogium excipere possit, dummodo nihil sibi suisve adscribat; eo quod non tam ipsi testatori morienti, quam potius heredibus institutis ac legatariis commodum inde sperandum est, arg. *l.* 1. §. *inter filium* 8. §. *ad leg. Cornel. de falsis*, *l. qui testamento* 20. §. *per contrarium* 2. *ff. qui testam. fac. poss.* Peckius *de testamentis conjugum l.* 3. *cap.* 11. tamen quoties aut patris aut filii commodum vertitur, ac versatur spes lucri, vel damni metus, filium patri, patrem filio testem idoneum non esse expeditum est, *l. testis idoneus* 9. *ff. de testibus*, §. *sed neque heres* 10. *Instit. de testament. ordin.* At quis, obsecro, magis testimonium perhibet, quam qui hæc aut illa apud se præsentem gesta esse, ac ob id fidem plenam mereri, palam profitetur?

6. Non etiam hoc loco prætermittendum, instrumentis publicis secundum jus Romanum exæquata fuisse quasi publica, quæ cum privatim scripta essent, trium testium fide dignorum subscriptione, munita erant, *l. pen. C. qui pot. in pign.* Atque insuper ex moribus nostris in fide publica faciendi exæquatos esse actuarios consulum gentis nostræ ad peregrinas oras mercaturæ causa missorum, ex decreto Ordinum Generalium 8. *Dec.* 1612. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1333. & 1. *Novemb.* 1653. *d. vol.* 2. *p.* 1342. 1343. Librum quoque præconis seu auctionarii de rebus auctione publica distractis, earumque pretio, emtore, ac similibus ad auctionem publicam pertinentibus, ad instar instrumenti publici plenam fidem facere, sive ipse scripserit, sive per scribam auctoritate publica electum scribi curaverit auctionis tempore, pro vario locorum usu, docet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 5. Denique & acta publica collegiorum, veluti civitatum, ecclesiarum, nosocomiorum, pro publicis haberi, ac in ipsis quoque causis collegiorum plenam fidem facere, tradit Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 16. 17. eo quod illi, quibus id incumbit, ista non in suum sed collegii commodum usumque conscripserunt, ideoque ita fidem merentur, uti apparitores officii nomine quid referentes.

7. Ex supra dictis colligi potest, quæ instrumenti publici vis sit; nempe, quod plenam fidem judici faciat; si modo authenticum fuerit; non item, si exemplum tantum; quippe ex quo regulariter jus dicendum non est; nisi fide publica transcriptum sit, citata adversa parte, *l. quicunque* 2. *ff. h. tit. l.* 1. §. *sed si unum* 7. *ff. de bonor. possess. secund. tab. l. ult. ff. testam. quemad. aper. insp. & describ.* junct. *l. publicari* 2. *C. de testamentis*, *Ordon. op de justitie in de Steden en ten platten Lande van Holl.* 1. *April.* 1580. *art.* 18. Instruct. Curiæ Holl. *art.* 61. Brabantinæ *art.* 346. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 894. Ampliatio Instruct. Curiæ Holland. 21. *Dec.* 1579. *art.* 17. quo facto, authentici ipsius aut protocolli exhibitio non ultra jure desideratur, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 16. *defin.* 6. & 16. vel nisi exemplum sit actorum fiscalium, & is, cui describendi potestas facta est, caveat, se eo adversus fiscum aut rempublicam non usurum *l. in fraudem* 45. §. *ipse autem* 6.

ff. de jure fisci. Quin imo, si manu tabellionis exemplum ex protocollo ejus transcriptum sit, ac munitum subscriptione tabellionis, id cum authentico convenire testantis, & forte postmodum protocollum incendio aliove casu perierit, magis est, hujusmodi exemplo fides haberi debeat, utcunque collationis ergo pars adversa citata non fuerit. Ant. Faber C. *d. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 16. Confer Mynsingerum *cent.* 6. *observ.* 73. 74. 75. Fachineum *controv. lib.* 11. *cap.* 38. Covarruviam *pract. quæst. c.* 19. Joh. Andr. Dornspergerum *syntagm. juris de probation. lib.* 1. *cap.* 5. *post med. pag.* 116.

8. Non tamen instrumentum publicum, inter duos celebratum, probat pro tertio aut contra tertium; cum res inter alios acta aliis neque noceat neque prosit, arg. *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicata, l. Imperatores* 3. *ff. de transaction. l. ult. ff. de interrogat. in jure faciendis, l. ult. ff. de probation.* & argumento eorum, quæ scripsi *ad tit. de jurejur. n.* 20. Quamvis negari nequeat, quin inde pro tertio subinde quædam præsumtio nascatur, utcunque debitor, quam ut onus probandi in adversarium derivaret, secundum facti species, quæ sunt in *l. si duo* 13. *pr. ff. de jurejurando, l. quæro* 58. §. *ult. ff. de ædilit. edicto,* Fachineus *controvers. lib.* 11. *cap.* 36. Maschardus *de probation. conclus.* 940. *num. ult.* Rebuffus *ad constitutiones regias tom.* 3. *tract. de inventario art.* 1. *n.* 10. nisi forte in antiquis, Andr. Gayl. *l.* 2. *observ.* 37. *n. ult.* Sed &, si in instrumento publico instrumenti alterius mentio fiat, non aliter fidem faciet quantum ad narrata ex eo instrumento, quam si ipsum illud, cujus injecta mentio, exhibeatur, etiamsi instrumenti alterius plena verba transcripta essent, *auth. si quis in aliquo C. de edendo, l. ult. ff. de probationib.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 4. Jacobus Coren *observ.* 22. *num.* 44. 45. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap* 19. *n.* 73. Denique, si instrumentum publicum ex longinqua producatur regione, non adeo indubitatam fidem judici faciet; unde tutius esse monent Pragmatici, si is, qui tali instrumento uti vult, jungat ei scriptum ac sigillo publico munitum testimonium magistratuum loci, ubi factum, quo significatur, instrumentum talis argumenti seu talia continens, a persona ejus loci publica seu legali conscriptum esse, Menochius *de præsumtion. l.* 2. *præs.* 73. *n.* 10. & 24. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 44. *n.* 54. 55. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 11.

9. Quæ vero apud alios instrumentis publicis, quæ *guarentigiata* dicunt, per tabelliones conscriptis, vis tribuitur, quod nempe paratam executionem habeant, ea apud nos in usu non est; sed praxi receptum, subjungi instrumentis consensum in condemnationem eorum, quæ iis comprehensa sunt. Confer Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 100. Ant. Matth. *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 2. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 6. 7. ibique alios cit.

10. Instrumentum privatum dicitur, quod auctoritate privata a privatis est compositum, & quo & epistolæ referendæ, *l. qui negotia* 34. *ff. mandati, l. Titius Sejo* 24. *l. quidam* 16. *ff. de constit. pecunia, l. cum tabernam* 34. §. 1. *ff. de pign. & hypoth.* ac rationes domesticæ, *l. in hac actione* 3. §. *interdum* 14. *l. pen. ff. ad exhibendum.* Et vel obligatorium vel liberatorium est. Obligatorium aliter syngrapha, chirographum, idiocheirum, cautio, appellatur, *l. lecta* 40. *ff. de reb. creditis, l. pen. C. qui pot. in pign. l. liberationem* 5. §. 1. *ff. de liberat. legata, l. Labeo* 2. §. 1. *ff. de pactis,* Liberatorium *apochæ* & *securitatis* nomine venit, *l. plures* 19. *C. h. t. l. in contractibus* 14. §. 1. & 2. *C. de non numerat. pecun.* Antapochæ magis obligatoriis quam liberatoriis scripturis adnumerandæ sunt, cum eas debitor suo det creditori, isque profiteatur, se reditus, pensiones, usuras, aliaque similia annua aut menstrua solvisse, ut ita appareat, debitum a debitore fuisse agnitum, & præscriptio temporis summoveatur, *d. l. plures* 19. *C. h. t.*

11. Omnis autem privata scriptura contra scribentem plene probat, æque ac publica, licet non eundem habeat cum publica effectum circa prælationem in pignore tribuendam, *l. Publia Mævia* 26. §. *ult. ff. depositi, d. l.* 24. & *l.* 26. *ff. de constit. pecun.* junct. *l. pen. C. qui pot. in pign.* Sande *decis. Fris. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 13. Busius *de offic. judicis cap.* 4. *n.* 25. Fachinæus *controv. lib.* 11. *cap.* 29. & 51. Si modo de scriptura constet ex propria adversarii scribentis agnitione, qui ne temere ad inficiationem scripturæ suæ confugiat, constitutum est, eum mendacii convictum in duplum damnandum esse, sicut moribus ad pœnam arbitrariam, *auth. Contra C. de non numer. pecun.* ibique Groenewegen *nov.* 18. *cap.* 8. Ut tamen ex sola literarum collatione mendacii convinci nequeat, si non alia indicia concurrant ad debiti scriptura abnegata comprehensi adstructionem, ne via falsi crimini pandatur, licet id a Justiniano videatur probari cum aliqua distinctione, *l. comparationes* 20. *C. h. t. novell.* 73. *cap.* 4. & 7. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 11. *versu, ceterum, seu num.* 14. Cujacius *ad nov.* 49. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 71. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *const.* 17. *defin.* 12. Brunnemannus *ad l.* 20. & *auth. adhæc C. h. t.* Busius *de officio judicis cap.* 4. *n.* 11. & *seqq.* Plane, si se scripsisse fateatur, ea autem, quæ scripto comprehensa, falsa dicat, scripturæ sua plena constabit auctoritas, donec contrarium probatum fuerit, arg. *l. generaliter* 13. *C. de non numer. pecun. l. inde Neratius* 23. §. *ult. ff. ad leg. Aquil.* Fachinæus *controvers. lib.* 11. *cap.* 29. Utrum autem ipse totum instrumentum sua manu scripserit debitor atque subnotaverit, an tantum scripturæ ab alio conscriptæ subscripserit, parum refert quantum ad probandi vim, *d. l. pen. C. qui pot. in pign. pr. Instit. de emt. vendit. l. contractus* 17. *C. h. t.* Si tamen totum instrumentum de suo debito vel rerum suarum obligatione scripserit quidem, sed nomen suum non subscripserit, neque etiam sic instrumento inseruerit, ut subscriptio supervacua videretur, dum forte nomen suum ex more Romano præmisit (juxta formulas occurrentes in *l. Lucius Titius* 24. *l. Publia Mævia* 26. §. *ult. l. Quintus Cæcilius* 28. *ff. depositi*), scriptura hujusmodi, veluti imperfecta, non haberet probandi vim: tum, quia quis posset per talem scripturam alienæ tantum obligationi ministerium præbere, totamque debiti confessionem non suo sed alieno nomine concepisse, deinceps subscriptione per eum, cujus nomine ac rogatu scripta, perficiendam ac confirmandam, tum etiam, quia novum non est, privatas scripturas obligatorias manu debitoris de debito, vel liberatorias manu creditoris de solutione in antecessum parari, ut numeratione deinde secuta per subscriptionem firmen-

tur. Nec obstat *l. pen.* §. 1. *ff. de pignor. & hypothec.* eo quod illic agitur de probanda pignoris obligatione, quæ epistola illa anterior erat; cum auctor epistolæ profiteatur de præterito, se tunc, cum mutuum acceperat, rogasse creditorem suum, ne sponsorem sed pignora reciperet: quod ergo epistola illa postmodum scripta neque diem neque consulem neque subscriptionem habebat, non idcirco obligationem pignorum cessare merito in *d. l.* responsum fuit; cum hypotheca consensu contrahatur, adeoque res, de qua convenit, etiam sine scriptura obligetur, ac generaliter scripturæ fiant, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit; & sine his valeat quod actum est, si modo probationem habeat, *l. contrahitur* 4. *ff. eodem tit. de pignor. & hyp.* non etiam repugnat *l. fidejussor.* 26. §. *pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* ubi filii prædium obligatum dicitur, quia is patris rogatione & patris nomine scripserat chirographum, quo patet inter alia prædium illud filii scribentis obligaverat, cum tamen filius istud instrumentum neque subscriptione sua neque signo suo firmasset. Etenim in specie istius legais pater pignori obligaverat rem filii, & subscriptione sua illud instrumentum firmaverat, atque ita pignoris obligatio per illud instrumentum rite perfectum contigerat; sed quia nemo rem alienam obligare poterar sine domini voluntate, juxta *l. aliena res* 20. *ff. de pignor. act.* adeoque nec pater eam, quæ filii erat; consensus autem etiam tacite rebus ipsis ac factis declaratur; hinc Jurisconsultus censuit, filium abunde consensum suum in pignus significasse, quod ipse inter res a patre obligandas manu sua fecerat etiam domus propriæ commemorationem, sic ut ibi ea scripturæ pars, qua filius suam quoque domum inter pignora a patre obligata memorat, non tanquam scriptura quædam perfecta, sed tanquam factum aliquod, ad eliciendum inde filii consensum sufficiens, consideretur.

12. Contra tertium, aut pro tertio, privata scriptura fidem non facit; cum ne publica quidem eam vim habeat, ut supra traditum: multoque minus pro ipso scribente, si non aliis fortioribus juvetur adminiculis, probare poterit domestica adnotatio aut rationes. Exemplo namque perniciosum fuit visum, ei scripturæ credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit: usque adeo, ut ne fisco quidem permissum fuerit, ex suis subnotationibus facere debiti probationem, *l. instrumenta* 5. *l.* 6. *l.* 7. *C. de probation.* Effecit tamen mercaturæ utilitas ac favor, ut moribus inductum fuerit, libros mercatorum, quibus debiti ac crediti mercatorii rationes continentur semiplenam facere probationem, ac jurejurando mercatoris aut morte ejus firmatos plenam fidem intervenire, quoties mercator integræ famæ & existimationis est; quasi contrahens cum mercatore, nec scripturam de contractu faciens, videatur tacite mandasse, ut mercator contractûs ipsius terminos atque qualitates bona fide in suas referat rationes, fidem deinde facturas, Jac. Coren *consil.* 16. *n.* 18. *& seqq.* Busius *de officio judicis cap.* 4. *num.* 26. Groenewegen *ad l.* 5. *& seqq. C. de probation.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 35. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 91. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 5. *cap.* 2. *n.* 9. idque quatenus ea continent, quæ ad mercaturam spectant; non ad alia, veluti fidejussiones, mutui dationes, mandata, et similia. Unde si scriptum sit, Titium pro Mævio merces emente fidejussisse, vel Mævium ex mandato Titii merces emisse; ac inde Titius conventus fidejussionem, aut mandatum neget esse interpositum aliunde quam ex libro mercatorio, utcunque per jusjurandum aut mortem firmato, id probandum forer. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 20. *num.* 8. 9. Menochius *de arbitrar. jud. d. lib.* 2. *casu* 91. *num.* 22. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *const.* 17. *defin.* 37. Groenewegen *ad d. l.* 5. *C. de probation.* Sed &, si totus contractus negetur cum mercatore celebratus, tota negetur transmissio mercium, alia probarione præter rationes mercatoris opus est, Groenewegen *d. loco n.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 19. Minorem quoque manuali, seu diariis aut ephemeridibus mercatoris, quam quidem libris legitimam debiti & crediti appositionem habentibus, fidem oportere tribui, traditum Rotæ Genuæ *decis.* 2. *num.* 27. Denique regulariter hi libri pro tertio aut contra tertium fidem haud faciunt, nisi aliunde juventur, indiciis ac præsumtionibus, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 193. aut nisi plures socii mercatores negotiationis curam atque administrationem, vel rationum conscribendarum provinciam, uni demandaverint, tunc enim ille, qui scripsit, non sibi tantum, sed & reliquis, nec tantum contra se, sed & contra reliquos socios fidem facit in iis, quæ ad istam respiciunt societatem; argumento eorum quæ dicta *tit. pro socio n.* 13. *& seqq.*

13. Porro libris mercatorum in fide facienda hodie non absimiles libri rationum, quod de salariis sibi debitis advocati, procuratores aliique his similes, conscribere consueverunt, concurrente scilicet probabilitate, aliisque similibus, quæ superius de libris mercatorum enarrata sunt; Jacobus Coren *Consil.* 29. *n.* 1. *& seqq. ad n.* 15. Idemque de libris publicanorum jure asseueris, licet non desint, qui hisce plenam fidem arrogant; sed nullo jure, cum enim ne fiscus quidem ex suis adnotationibus debitum probare possit, ut supra monitum, ex *l.* 7. *C. de probation.* non major utique publicanis tribuenda videtur aut fides aut auctoritas; quippe qui omnem suam potestatem ex eo solo metiri possunt, quod in vectigalium exactione fiscum repræsentent, minore etiam, quam fiscus, fide digni, dum eos audaciæ atque temeritatis leges incusant, *l. quanta* 12. *ff. de publican. & vectig.* Ant. Matthæus de *auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 56. Societatis quoque rationes inter ipsos socios fidem mereri, positis certis requisitis, quoties vel promiscue per omnes socios conscriptæ sunt, vel per unum ex reliquorum voluntate, tradit Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 92. Hector Felicius *de societate cap.* 38. *n.* 14. *& seqq.* Notas quin etiam ligno diffisso incisas, cujus partem alteram venditor mercium minutim distractarum, partem emtor tenet (quæ *Kerf Stocken* dicuntur), in his minutis eandem fidem facere, quam in majoris momenti mercibus scriptæ mercatorum rationes, æquum est, dum notas tales scripturæ vicem inter imperitos obtinere usu inductum. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 5. *c.* 2. *n.* 9. *in med.*

14. Ceterum multifariam tum publici tum privati instrumenti fides subvertitur in totum, aut extenuatur. Etenim, ut nihil dicam de requisitorum solemnium & diei, mensis, similiumque in publicis instrumentis omissione, in totum enervantur instrumenta

probatione in contrarium, dum is, qui in instrumento scribitur certo die præsens contraxisse, apertissime docet, se toto illo die alibi fuisse, *§. item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat. l. optimam*, 14. *C. de contrah. & commit. stipulat.* Confer Menochium *de arbitrar. judicum lib.* 2. *casu* 105. *num.* 23. *& seqq.* Mynsingerum *cent.* 4. *observ.* 39. *n.* 3. *& seqq.* Uti &, si testes adhibiti omnes obloquantur instrumento, aliterque negotium gestum esse, jurato deponant, arg. *novell.* 73. *cap.* 2. *&* 3. Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 39. *in pr.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 105. *n.* 32. Longe magis, si omnes negent se instrumento præsentes aut adhibitos fuisse, aut illud a se subscriptione signove munitum, arg. *l.* 1. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. testam. quemad. aper. inspic. & describ.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 105. *num.* 9. *& seqq.* Si instrumentum ipsum simulata comprehendat, dum vel persona alia inserta est, quam quæ vere contraxit, vel alia res, quam de qua vere actum; vel alius contractus, quam qui re ipsa celebratus fuit: eo quod plus valere debet, quod agitur, quam quod simulate verbis instrumenti conceptum est, *l.* 1. 2. *& seqq. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Si in unius ejusdemque instrumenti substantialibus contraria inveniantur, quæ conciliari nullo modo possunt, adeoque simul exitum invenire nequeunt, arg. *l. si Titius heres* 16. *ff. de condit. instit. l. scripturæ* 14. *C. h. t. l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. jur.* (Contra quam statuendum foret, si nulla in instrumento pugna sit, sed illud diversis constans capitibus, in nonnullis prosit producenti, in aliis obsit. Vide Carpzovium *defin. for. part.* 1. *constit.* 17. *def.* 7.). Si scripturæ diversæ, fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolatæ sint, *d. l. scripturæ* 14. *C. h. t.* nisi illæ ultimam voluntatem contineant, quo casu vel posteriori scripturæ, vel si utraque eodem tempore confecta sit, ei, qua minor comprehensa quantitas, standum foret, *l. si mihi* 12. *§. ult. ff. de legatis* 1. *l. Sempronius Proculus* 47. *ff. de legatis* 2.

15. Quod si non ab eodem, sed a diversis argumenti contrarii instrumenta edantur, veluti si a reo instrumenta producantur directo pugnantia cum iis, quæ ab actore pro ejus intentione prolata sunt, sic ut alterutrum falsum esse necesse sit, dubia tantum utriusque fides efficitur: quo fit, ut judex tunc alterutri jusjurandum velut in causa dubia deferre soleat, ex *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*, de quo pluribus actum *tit. de jurejurando n.* 28. Ut tamen magis ei, qui publicum, quam qui privatum instrumentum adduxit, jusjurandum videatur deferendum, ubi ex pugnantibus publicum alterum privatum est; quasi major pro publico quam pro privato præsumtio militet; nisi aliud judici suadeant circumstantiæ concurrentes. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 4. *t.* 16. *defin.* 3. Simili modo non in universum perit, sed tantum diminuitur, instrumenti fides, si ex majore testium adhibitorum numero pauciores contradicant, aut sigillum suum vel subscriptionem haud agnoscant, *l.* 1. *§. ult. ff. testam. quemadm. aper. inspic. & describ.* potestque eo casu purgari suspicio adversus instrumentum nata, si testis ille mendacii circa inficiationem convincatur, quod fieri potest per depositionem reliquorum, jurato asserentium, hunc quoque, qui negat, præsentem fuisse ac cum reliquis signasse. Cancellatione insuper, ac ratione vel inductione, vel lini incisione, aliisque similibus, extenuatur instrumenti fides, nisi hæc in ea appareant instrumenti parte, qua illud suspectum fieri, nequit vel ex voluntate partium delecta ac suprascripta sint, vel legi adhuc possint, *l. si chirographum* 24. *ff. de probation. l. si unus* 12. *C. de testamentis*, *l.* 1. *§. pen. & ult. ff. de bonor. possess. secund. tabulas*, *l.* 1. *& tot. t. ff. de his quæ in testam. delentur*, *l. inductum* 22. *C. de solutione.* Quo etiam pertinet, si quid margini instrumenti per tabellionem aut alium instrumenti scriptorem adjectum, nec testium subscriptione firmatum sit; cum nec hoc suspicione careat, si non aliunde juvetur; per ea quæ habet Joh. Papon. *lib.* 9. *t.* 8. *in appendice arrest.* 2.

16. Non tamen instrumento publico fides decedit ex eo solo, quod forte tabellio in eo adhibitus se falsa in illud retulisse confiteatur: nam licet ea confessione ita sibi noceat, ut saltem onere probandi confessionis suæ falsitatem gravandus sit, arg. *l. inde Neratius* 23. *§. ult. ff. ad leg. Aquil.* non tamen per eam tertio adimit jus faciendi fidem ex illo instrumento, pro quo, tanquam publico, præsumtio veritatis militat; cum talis sua confessione jam publici judicii, puta, falsi reus, & pro judicato habitus, infamis sit; atque insuper per propriam alleget turpitudinem, quales nec fidem merentur nec audiendi sunt, arg. *l.* 1. *ff. de confessis*, *l. athletas* 4. *§. ult. l.* 5. *ff. de his qui not. infam.* junct. *l. infamem* 7. *ff. de publicis judiciis*, *l. quæsitum* 13. *ff. de testibus*, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 16. *defin.* 11. Sed &, si maxime tabellionem ex eo condemnatum proponas, quod in instrumento aliquo conficiendo falsitatem commisisse convictus fuit, ne tum quidem reliqua per eum conscripta ante condemnationem instrumenta viribus destituta censeri debent, quamdiu in his quoque falsitatem adhibitam esse probatum non est, Jul. Clarus *§. fin. quæst.* 73. *n.* 4. Quin imo, si ipsum illud instrumentum, quod producitur, falsa in aliquo capite continere, jam demonstratum sit, in ceteris tamen suis partibus ab illo capite falso haud dependentibus cur fidem non faceret, nihil vetat, arg. *l. pen. Cod. de transaction.* Qua ratione, si scriptum sit, Titium Mævio centum aureos numerasse mutuos, ac pro eorum restitutione Sempronium fidejussisse, mutui probatio ex illa scriptura, subscriptionem debitoris habente, recte fiet, licet Sempronii fidejussionem confictam falsamque esse judicatum jam fuerit. Uti enim sententia pluribus constans capitibus ex parte justa & ex alia parte iniqua esse, ac ob id adversus unum caput ejus & appellatio fieri, & restitutio in integrum peti potest, *l. etiam si patre* 29. *§. ex causa* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. quædam mulier* 41. *ff. familiæ erciscundæ. l. si qui separatim* 10. *§. ult. ff. de appellation.* ut testamentum pro parte rescindi ut inofficiosum, pro parte alia firmum esse, tanquam non contra pietatis officia conditum, *l. nam etsi* 15. *§. ult. ff. de inoffic. testam. l. in substitutione* 31. *ff. de vulg. & pupill. substit.* ut denique ea sola, quæ quis sibi in alieno adscripsit testamento pro falsis habentur, ac pro non scriptis, manente in ceteris vigore testamenti, secundum ea, quæ *t. de his quæ pro non scriptis* explicanda erunt; ita et ex pluribus separatis ejusdem instrumenti capitibus, alterum verum esse, alterum falsitate laborare, novum aut improbabile non est, Responsa Jurisc. Hol-

land. *par.* 2. *consil.* 126. *quaest.* 1. *in med.* Fachineus *controvers. lib.* 9. *cap.* 79. Aliter Menochius *de praesumtion. lib.* 5. *praes.* 21. Mascardus *de probat. conc.* 743.

17. Causam debiti quod attinet, eam instrumento inseri necesse est, ut ex eo efficaciter agi, ac plena debiti probatio peti possit: adeo ut omissio ejus efficiat, onus probandi in eum rejici, qui debitum sibi asserit, *l. cum de indebito* 25. §. *ult. ff. de probation. l. palam* 2. §. *circa primam* 3. *ff. de doli mali & metus except.* Quod & jure Canonico firmatum, *cap. si cautio* 14. *extra, de fide instrument.* Mascardus *de probation. concl.* 545. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 13. *num.* 9. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 59. Si tamen cautiones judiciales, quae appellantur *gerechtelyke Schult-bekentenissen*, indiscrete, id est nulla addita causa concipiantur, eas non eo minus efficaces haberi in Gelria, scribit Lambertus Goris *adversar. tract.* 4. §. 19. Idemque in Saxonia obtinere docet *defin.* 40. imo communiter fere receptum esse, colligi potest ex allegatis apud Mascardum *de probation. conclus.* 545. *n.* 16. Apud Antwerpienses quoque ex instrumentis causam debiti non continentibus jus dici, ac sequi posse condemnationem, statutis istius urbis expressum est, *t.* 53. *art.* 5. uti et nonnullis urbium Flandriae legibus municipalibus, ut auctor est Damhouderus *praxi civili cap.* 175. *n.* 13. & *seqq.* Sed et, si in instrumento obligationis mentio fiat acceptae pecuniae, nec tamen specialis causa numerationis expressa sit, in dubio videri obligationem ex mutui causa descendere, post alios tradit Simon van Leeuwen *cent. for. p.* 1. *lib.* 4. *c.* 4. *n.* 4. Denique etiam, eum ex personarum contrahentium qualitate satis superque colligi potest causa debiti, instrumentum ob ejus omissionem viribus haud destitui, exemplis demonstrat Groenewegen *ad d. l.* 25. §. *ult. ff. de prob.*

18. Quisquis autem instrumentum aliquod pro se produxit in judicio, illum fidem ejus enervare non posse, quatenus id sibi producenti nocet, a pragmaticis vulgo tradi solet, utcunque producens protestatus fuerit, se illud tantum, quatenus sibi prodest, producTum velle. Ut tamen adversario producentis integrum putent, producto contra se instrumento in suum uti commodum, si quid in eo pro se inveniat, salva de cetero facultate reprobandi ea, quae partis adversae causam videntur adjuvare. Et ex eo jure utendi instrumento per adversarium producto descendit, quod a Mynsingero *cent.* 6. *observ.* 76. alüsque scriptum est, eum, qui semel in judicio produxit instrumentum, quod postea sibi magis obesse quam prodesse deprehendit, non posse ex poenitentia illud iterum judicio eximere, invito adversario, quasi non jam amplius producentis proprium, sed ex productione utrique litiganti commune effectum. An vero libri rationum, quos quis pro se adducit; etiam contra producentem possint judici fidem facere, prolixe discutit Menochius *de arbitr. judicum lib.* 2. *casu* 93.

19. Amissio instrumenti (de qua altera tituli pars est) non nocet creditori, *l.* 1. *l.* 5. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 10. *C. h. t.* si modo aliter de negotii gesti veritate constare possit, *l. in re* 4. *ff. h. t. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hypoth.* Quo fundamento assignatam liberis a parente superstite quantitatem velut patrimonium parentis praedefuncti, per testes recte probari, cum ipsum assignationis instrumentum esset deperditum, re judicata firmat D. Someren de *jure novercar. cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 4. Nec mutat, quod forte scriptura ex conventione partium fuerit ad contrahendum necessaria; dummodo tunc doceatur, scripturam ea de re vere confectam esse, arg. *l. testium* 18. *in fine Cod. de testibus.* Ant. Matthaeus *de judiciis disp.* 9. *n.* 69. Struvius *ad Pand. exercit.* 28. *num.* 34. Quid juris sit, si ipsa tabellionis scriptura memorialis perierit, exemplum tamen inde descriptum extet, supra monitum *n.* 7.

20. Sed ne facile instrumentorum, praecipue publicorum a tabellionibus conscriptorum, contingat amissio, in Hollandia constitutum est, ut post obitum tabellionum acta eorum, seu protocolla, deferantur in graphejum urbis illius, in qua suo munere functi sunt, ibique asserventur, *Placit. Ordin. Holl.* 22. *April.* 1670. *vol.* 3. *pag.* 486. et quidem in graphejum loci illius, in quo postremum morati ac mortui sunt, si mutato identidem domicilio diversis in regionibus artem suam professi sint, *Placito Ordin. Holland.* 1. *Augusti* 1676. *d. vol.* 3. *pag.* 487. Quibus similia in plerisque cauta decreto Curiae Brabantinae 29. *Octobr.* 1665. *d. vol.* 3. *pag.* 488. Eandemque ob causam nec acta publica ex loco publico, nec libros ex graphejo Curiae Hollandicae esse domum asportandos, jam ante adnotatum est *n.* 2.

21. Multum interim refert, utrum is instrumentum a se amissum dicat, qui ipse eo ad agendum in judicio aut excipiendum usurus est; an vero alius, cui inde nec seritur nec metitur, ad ejus exhibitionem conventus; an denique ipse actor aut reus, qui, postquam instrumentum produxit, ad iteratam productionem convenitur, dum adversarius illud falsi arguere vult. Si enim amissio instrumenti, quo actor suam intentionem, aut reus suam exceptionem firmare deberet, ab his ipsis allegetur, nihil ipsis prodesset istiusmodi allegatio, utcunque jurejurando munita, si non aliunde actor intentionem aut reus exceptionem probet; quasi non jus sed probatio deficiat. Sin ex adverso tertius tanquam possessor instrumenti conveniatur ad editionem aut exhibitionem ejus, jurata assertione, quod neque possideat neque dolo malo possidere desierit, plerumque defungi potest, ac absolvendus est, *l. ult. in med. C. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 17. *defin.* 28. si non aliud suadeant concurrentes circumstantiae, aut evidens sit, ex editione damnum aliquod ei, qui ad editionem convenitur, imminere, ut dictum *tit. de edendo n.* 25. *in fin.* Idemque statuendum, si repetitam editionem petente adversario, ut instrumentum falsum doceat, is qui semel edidit, illud a se per casum edi non posse juret, *l. p. C. h. t.*

22. Quod si chirographum quidem amissum, sed tamen debitum eo comprehensum in confesso sit, aut aliunde probatum, non potest debitor sub praetextu, quod chirographum sibi reddi nequeat, solutionem detrectare, si apocham solutionis dare creditor paratus sit: cum ex rescripto Imperatorum *pecuniae solutae professio collata instrumento majorem rei gestae probationem contineat, quam si chirographum acceptae pecuniae mutuae fuisset redditum*, *l. pecuniae* 14. *C. de solut.* junct. *l. dissolutae* 2. *C. de condict. ex lege*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 37. *n.* 4.

23. Sed & observandum, a creditore compelli posse debitorem, ut in instrumenti amissi aut vetustate attriti locum aliud conscribat ac tradat creditori, si creditum de cetero in confesso aut probatum sit, sive instrumentum amissum contineat obligationem

ultro citroque obligatoriam, veluti emtionis locationis, secundum ea, quæ scripsi *tit. de edendo num.* 13. sive chirographum deperditum mutui aut reditus aut decimatum aut alterius similis debiti confessionem aut constitutionem complectatur, arg. *l. chirographis* 57. *ff. de adm. & peric. tut.* Andr. Gayl *d. lib.* 2. *observ.* 57. *n.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *p.* 1. *cons.* 193. & *p.* 2. *cons.* 271. Wassenaar *pract. judic. c.* 6. *n. ult.*

TITULUS V.

De Testibus.

SUMMARIA.

1. *An, & quando instrumenta testibus potiora sint, & vice versa? Ubi lex præcise scripturam requirit, an depositio quinque testium suppleat scripturæ defectum?*
2. *Quo tempore testes debeant esse idonei? Qui prohibeantur testes esse? Ubi de impuberibus, furiosis, prodigis, hæreticis, Judæis, infamia juris notatis, servis. An servi manumissi, vel puberes aut sanæ mentis facti, deponere possint de iis, quæ in servitute, furore, aut impubere ætate viderunt?*
3. *Quid sit domesticum testimonium? de mulis & ancillis quamdiu ministrant nobis, de lictoribus prætorum publice accusantium. An pater filio possit esse testis, & vice versa? An pater inter duos filios?*
4. *An frater pro fratre vel contra fratrem? An frater inter duos fratres?*
5. *An uxor pro marito vel contra maritum testari possit, aut cogi, ut testetur?*
6. *An, & quatenus advocatus aut procurator pro cliente sue, aut contra clientem testis esse possit?*
7. *An, & quatenus tutor pro pupillo aut contra eum? Et quid de executore negotii?*
8. *An proxeneta inter eos, quibus ministerium accommodavit? & quam fidem faciant libri ejus?*
9. *An socius in causa tibi & socio communi? An cedens in causa cessionarii, auctor in causa ejus, qui rem ab ipso habet? An quis in re sua?*
10. *De minore annis* 20. *in criminalibus; participe criminis; liberto contra patronum; inimico capitali.*
11. *An, & quo usque cæcus, surdus, mutus, fœmina, subditus in causa Principis, municeps in causa municipii, delator in crimine quod detulit, debitor inter creditores de protopraxia agentes infamiâ facti laborans, inimicus, amicus, cognatus? Quid, si testis deponat, se ab ipso producente corruptum esse?*
12. *Moribus omnes testes audiendi, salva licentia reprobandi depositiones. Quando testes minus idonei pro actore vel reo fidem faciant?*
13. *Quibus modis testes cogantur jure veteri & novo Romano & hodierno ad testimonium dicendum? An & cogendus, qui jurejurando se obstrinxit de non propalandis sibi revelatis?*
14. *Qui inviti non cogantur? ubi de senibus, militibus, valetudinariis, illustribus, publicanis, cognatione vel affinitate junctis, libertis ac patronis. An quisquam de facto ex quo infamiam aut delictum proprium detegeret? An unus ex pluribus actoribus vel reis? Quibus casibus exceptæ personæ tamen invitæ cogi possint in subsidium?*
15. *Testibus productis sumptus a producente subministrandi. Ipsi interrogandi, & responsa jurejurando veritatis, non credulitatis, firmare debent in continenti. Non solis creditur testimoniis exhibitis. Nec hodie creditur testimoniis in judicio non repetitis ac confirmatis; exceptis paucis casibus, ubi de testibus mortuis aut peregrinantibus, non objecta per adversarium confirmationis omissione, aliisque. An testimonia confirmari possint, ubi semel producta sunt non confirmata?*
16. *Testes in alieno morantes territorio per istius loci judicem examinari possunt, & transmissæ depositiones fidem inveniunt in causa civili. An & in criminali?*
17. *Quot productiones testium Romani admiserint? An testis in eadem causa sæpius produci possit? An ut dubia explicet? An errorem possit corrigere, & quam tunc fidem faciat prior aut posterior depositio? ubi & de teste vacillante &c.*
18. *De publicatione testimoniorum, ne judex aut tabellio præmature publicet. An et quando post publicationem testes de novo produci possint?*
19. *De reprobatione, denique salvatione testium et testimoniorum.*
20. *Duo testes vulgo sufficiunt? multitudinem testium onerosam ac superfluam judex non debet admittere.*

1. QUemadmodum instrumentis, ita & testibus probatio fit, usque adeo, ut rescriptum fuerit, in exercendis litibus eandem vim obtinere fidem instrumentorum, & testium depositiones, *l. in exercendis* 15. *Cod. de fide instrumentorum,* in quantum scilicet seorsim instrumenta sola, & solæ testium sufficientium depositiones, plenam possunt judici fidem facere ad sententiam secundum allegata atque probata ferendam. Ut tamen inficias haud sit eundum, quin adductis ex uno latere testibus, ex altero instrumentis, nonnunquam testibus magis quam instrumentis, quandoque magis instrumentis quam testibus credendum sit, prout vel instrumenta fuerint omni exceptione majora, vel testes. Qua ratione per depositionem testium instrumenta falsitatis arguentium, in dubium vocari, imo enervari in totum posse instrumentorum fidem, constat ex *l. optimam* 14. *Cod. de contrab. & commit. stipulat.* §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat.* Contra vero censum & munumenta publica potiora testibus esse senatus censuit, *l. census* 10. *ff. de probat.* imo testes adversus scripturam interrogari non posse, cum de fide tabularum nihil dicitur, Paulus notat, *recep. sentent. lib.* 5. *t.* 15. §. 4. & contra scriptum testimonium non ferendum esse testimonium non scriptum, habet *l.* 1. *C. b. t.* nec dubium, quin omnibus illis in casibus scriptura prævaleat, in quibus leges nominatim per instrumenta, cum testium exclusione, probari jubent, quales occurrunt in *l. pen. C. si minor se majorem dixerit, l. cum de indebito* 25. §. *ult. in fine ff. de probation. l. generaliter* 13. *C. de non numerata pecunia, l. in donationibus* 13. *C. de donation.* Quamvis frequentius pragmaticis placuerit, quoties lex aut statutum nominatim scripturam requirit, nec testibus contentum est, quinque tamen testibus aut confessione adversarii, perinde ac instrumento, id quod actum est probari posse, arg. *l. testium* 18. *C. b. tit.* vel etiam jusjurandum a parte parti posse

deferri. Vide Mynsingerum *cent.* 1. *observ.* 5. Responsa Juris. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 83. *num.* 2. *& seqq.* Parent. p. m. Paulum Voet *de statutis sect.* 7. *c.* 3. *n.* 3.

2. Sunt autem testes personæ ad fidem rei faciendam adhibitæ in causa civili vel criminali; in quibus ante omnia testimonii perhibendi potestas requiritur eo tempore, quo in testimonium adhibentur, arg. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 13. *ff. b. t.* junct. *l. ad testium* 22. *§. conditionem* 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Ceterum alii in universum vetantur testes esse, alii quibusdam tantum in causis exclusi sunt. In universum prohibiti furiosi & prodigi, *§. testes* 6. *Instit. de testamentis ordinand.* junct. *l. furiosi* 40. *ff. de reg. juris* infamia juris laborantes; licet enim lex Julia de vi quosdam tantum enumeret gravius notatos, *l.* 3. *§. lege Julia* 5. *ff. b. t.* tamen, quod legi deest, religione judicantis omittendum hic non esse, Papinianus auctor est, *l. quæsitum* 13. *ff. b. t.* Quibus consequens est, in *l. qui testamento* 20. *§. eum, qui* 5. *ff. qui testam. fac. poss.* addendam esse vocem *non*, uti id etiam contextus jubet. Adde Sim. van Leeuwen *cent. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. *circa fin.* Sed & Judæi ac hæretici improbiores idonei testes in judiciis non sunt, nisi inter ipsos hæreticos aut Judæos contentio sit, quasi tunc digni sunt tali litigatore testes, *l. pen. C. de hæretic. & Manichæis.* Impuberes quoque naturalis ratio a testimonio repellit, *§. testes* 6. *Instit. de testam. ordin. l.* 3. *§. lege* 5. *l. inviti* 19. *§.* 1. *ff. b. t.* cum ætas illa seductu facilis sit, judicii infirmitate laborans, & suspectior habeatur ad mentiendi facilitatem, imo nec pejerare intelligatur, *l. ex libero* 15. *§.* 1. *ff. de quæstion.* junct. *l. qui jurasse* 26. *ff. de jur. jurando.* Servos lex civilis non patitur testes esse; adeo ut, si de statu testis producti dubitetur, liberne an servus sit, audiatur quidem, & perfectum habeatur testimonium, si deinde liber pronuncietur; si vero servus, ipso jure nullum sit, *l. quoniam* 11. *& auth. si testis C. b. t.* Nisi causa sit ardua ad rei publicæ spectans utilitatem; aut aliæ desint probationes, *l. vir certis* 53. *ff. de judiciis, l. servi* 7. *ff. b. t. l. ult. ff. de suspect. tutor.* In ceteris tamen veritas ex iis per tormenta inquiri potest, *l.* 1. *§.* 4. *& seqq. ff. de quæst.* neque quicquam intercedit, quo minus liberi facti de illis deponant, quæ in servitute viderint audiverintve, arg. *l. notionem* 99. *§. ult. ff. de verb. signif.* Contra, quam in iis, qui puberes facti, dicendum foret; quippe quorum testimonia de his, quæ durante impubere ætate gesta sunt, haud recipienda; cum ætas ea, quid videat, ignoret; neque quicquam posse scire intelligatur, *l.* 1. *in fine C. de falsa moneta, l. ult. ff. de juris & facti ignorant.* ac ne præsens quidem satis apte dici queat, *l. ult. de verbor. signif.* Nec aliud de iis statuendum, qui remittente furore ad sanam mentem reversi sunt: nam nec hi furoris tempore ulli negotio præsentes fuisse videri possunt, *l. ubi non voce* 124. *§.* 1. *ff. de reg. juris, d. l. ult. ff. de verb. signif.* Et sane, si furiosus ne id quidem intelligat, quod ipse agit, qui, quæso, perciperet, &, si non perceperit, qui edissereret, quæ per alios gesta sunt?

3. Quibusdam tantum causis aut personis testimonium plures perhibere prohibentur. Etenim primo quidem generaliter omne reprobatum domesticum testimonium, quod non ex cohabitatione sed magis ex familiæ & potestatis jure æstimandum est, *l. etiam* 3. *C. b. t. l. pen. ff. b. t. §. in testibus* 9. *Instit. de testam. ordinand.* junct. *l. pater* 17. *ff. b. t. l. pronunciatio* 195. *§.* 2. *ff. de verbor. signif.* Ravardus *lib.* 2. *varior. cap.* 8. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 163. *gloss.* 1. unde & idoneos non videri testes, quibus imperari potest ut testes sint, pro regula traditum, *l. idonei* 6. *ff. b. t.* Quibus non immerito adnumeraveris famulos ancillasque producentis, quamdiu in ministerio ejus sunt ac mercede fruuntur, non postea, arg. *l. perspiciendum* 11. *§.* 1. *ff. de pœnis.* Donellus *ad l.* 2. *C. b. t. n. ult.* ut & lictores similesque prætoribus & aliis publico nomine accusantibus inservientes, in causis per prætores intentatis, Leeuwen *cent. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 3. *§.* 7. Adde Martam *ff. juris noviss. tom.* 2. *tit. berroarii cap.* 1. Plane, si publicanus fraudationem detegat, præsente apparitore & mensore jurato, plena fraudationis probatio jure singulari facta creditur, secundum ea quæ Zelandis placuerunt *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1103. *& pag.* 1104. *art.* 4. & *pag.* 1113. *art.* 9. Sed nec pater filio, nec filius patri recte in judiciis testis est, utcunque patria potestas jam dissoluta fuerit, *l. testis idoneus* 9. *ff. b. t. l. parentes* 6. *C. b. t.* adeo ut ne inter duos quidem filios pater testis audiendus sit; eo quod pro uno contra alterum tunc perhibens testimonium, in legem utramque impingeret supra allegatam, quippe quarum una vetat, ne pater pro filio, altera, ne contra filium testis fiat. Nec est, quod regeratur, æquali, qua pater erga filium utrumque duci præsumitur, affectionis causa amoveri fraudis atque falsitatis suspicionem, *l. non solum* 67. *§. de uno* 1. *ff. de ritu nupt.* Nam etsi tunc pulsus videatur fraudis metus, non tamen cessat a pietatis officio desumta ratio, quæ patrem contra filium testari non patitur, convenienter *d. l.* 6. *C. b. t.* ne ex testimonio in filium prolato inter patrem filiumque succrescat odiorum causa, ac dissidiis sejungantur, quos oportuerat in perpetuum sanctissimo amoris vinculo constrictos esse.

4. Pari fere ratione nec frater pro fratre, nec frater contra fratrem recte testis est; ne vel pro fratre testimonium dicendo, favori & affectioni fraternæ plus forte tribuat, quam veritati; vel contra eum deponens, sat raram inter fratres gratiam turbet. Eoque facit, quod inter eos, quibus invitis denunciari nequit, ut testimonium adversus conjunctas dicant personas, uti pater non numeratur, ita nec frater, quod tamen necesse esset, si fratri licuisset per leges contra fratrem testari, vide *l. lege Julia* 4. *& seqq. ff. b. t.* quodque frater fratrem non gravioris sed tantum levioris potest criminis reum facere, *l. si magnum* 15. *l. si sororem* 18. *C. de his qui accusare non possunt*, eo modo, quo & pater suum filium non debuit ex causa gravioris criminis ad supplicium offerre, *l. milites* 13. *§. ult. ff. de re militari.* Quibus positis, verius est, patris exemplo nec fratrem inter duos fratres suos litigantes testari posse, per rationes, ob quas id patri denegari supra adstructum est: licet aliud placuerit Merulæ *in sua praxi lib.* 4. *t.* 79. *cap.* 2. *n.* 4.

5. Similiter virum pro uxore, & vice versa, testem esse, exemplo grave est; cum enim ex artissimo matrimonii vinculo quasi in unum conjuges coaluerint & conjugalis affectio eam, quæ inter parentes liberosque intercedit, aut æquet aut superet, non potest non justissima talis testimonii reprobandi causa subesse, nec erraverit, qui hoc quoque domesticis cre-

diderit annumerandam, dum uxor in mariti sui potestate est, arg. *d. l. pronunciatio* 195. §. 2. *ff. de verb. signif. l.* 1. §. *si vir* 15. *ff. de Senatusc. Silanian.* Et quamvis nonnullis placeat, uxorem contra maritum suum non testari tantum posse, sed & invitam ad id ab adversario mariti compellendam, tamen id merito perquam durum Groenewegio visum fuit *ad l.* 3. *C. h. t.* Magisque est, ut uxor ne volens quidem contra maritum audiatur. Quo facit argumentum idem, quod superius in fratre adductum est, inter personas scilicet, quæ invitæ ad testimonium non coguntur, socerum quidem generumque nominari, sed ut patris & fratres, ita & uxoris aut mariti non cogendi altissimum in *d. l.* 4. & 6. *ff. h. t.* silentium esse, cum utique hi, qui principium affinitatis sunt, minus cogendi fuerint, quam ipsi affines, atque adeo horum quoque debuisset mentio esse, si non a testimonio in se invicem dicendo fuissent exclusi. Confer Sande *decis. Frisic. par.* 1. *t.* 10. *defin.* 3. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 51. 52.

6. Non etiam advocatus aut procurator in ea causa, cui patrocinium præstitit aut procurationem, idoneus testis est, *l. ult. C. h. t.* sive pro cliente, sive contra eum producatur; saltem non ad id, ut pandere cogeretur ea, quæ non aliunde quam ex revelatione clientis comperta habet, eo modo, quo & sacerdoti revelare ea, quæ ex auriculari didicit confessione, nefas est, *cap. sacerdos* 2. *distin.* 6. *de pœnitentia cap. omnis* 12. *in fine extra, de pœnitentiis & remission.* nam quod spectat alia aliunde cognita, nihil vetat, quo minus eorum intuitu contra suum clientem patronus deponere compellatur; ne alioquin in litigantis potestate sit, iis patronis assumtis, qui scientiam rei habent, adimere adversario probandi facultatem. Confer Annæum Robertum *rer. judicat. lib.* 2. *cap.* 19. Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 15. *defin.* 19. *ibique notata.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *cons.* 33. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 21. In alia plane causa, cui non assistit tanquam patronus aut procurator, quin testimonium jure perhibeat, sive pro eo, sive contra eum, cui ante alio in negotio patrocinium præstitit, aut etiamnum præstat, non videtur dubitandum, cum in eam causam, quam nunquam tractavit, præsumi non debeat peculiari ductus affectione. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 19. *in fine.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *t.* 10. *defin.* 4. *in fine.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *n.* 59.

7. Non longe dispar tutoris in causa pupilli conditio est; nam & hunc durante tutela non admitti ad testimonium pro pupillo dicendum, quoties ipse pro eo in judicio stat; admitti tamen, si per actorem a judice datum pupilli nomine lis agitetur, communiter receptum est, ut notat Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 57. 58. non obstante eo, quod major videri possit tutoris in pupillum affectio esse, utcunque ipse pro eo in judicio non subsistat, quam ut fidem faceret. Cum enim illa præsumta tutorum in pupillos affectio non impediat, quo minus in causa pupillari, si velit, jusjurandum affectionis in litem præstent, *l. videamus* 4. *ff. de in litem jurando,* juris quoque ratio refragari haud videtur, quo minus de rei gestæ veritate jurato testentur, si modo de iis, quæ per alios gesta, non quæ ipsi tanquam tutores gesserunt, quorumque intuitu actione tutelæ conveniri possent, deponant: ne alias in re sua, seu ea ex qua damnum ipsis imminet, videantur testes esse: qua ratione nec executores negotiorum posse testari, habet *l. ult. ff. h. t.* Licet autem variis placeat, compellendum non esse tutorem invitum, ut contra pupillum suum testis sit, quia tamen nuspiam tutores inter illas recensentur personas, quæ invitæ ad testimonium contra pupillos dicendum cogi nequeunt, rectius eos sub regula, testium coactionem comprobante, comprehenderis, ne veritas in occulto sit, arg. *l. lege Julia* 4. & *seqq. ff. h. t.* Adde Berlichium *decis.* 266.

8. Proxenetam inter eos, inter quos ministerium accommodavit, de eo quod actum est testari non posse, nisi utraque parte consentiente, Romanis placuit, *nov.* 90. *cap. quoniam* 8. nisi forte rectius illud *cap.* 8. accipiatur de proxeneta invito ad testimonium haud cogendo, nisi pars utraque in id consentiat. Sane ex usu hodierno invaluit, eum etiam altero invito deponere posse de iis, quæ nomine officii ut proxeneta gessit, in quibus & libris ejus statur, si publice constitutus sit, ut mercatorum, ipsorum libris stari solet. Groenewegen *ad rubric. ff. de proxeneticis,* nisi libri ipsius pugnent, aut saltem non conveniant satis cum libris mercatoris illius, qui ejus depositione uti vult, aut negetur ad negotium parandum rogatus esse, & in ejus deficiat probatione. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 181.

9. Porro nec socius in causa sibi cum socio communi satis recte testatur, arg. *l.* 1. *C. de commun. rerum alienat. l.* 1. §. *in propria* 11. *ff. quando appelland. sit,* nec cedens in causa cessionarii; nec auctor in causa ejus, in quem rem alienavit; eo quod hi omnes viderentur in re propria quodammodo testes esse, dum causa mihi cum alio communis mea pro parte est, & cedens ac auctor de evictione vel eo quod interest ob rem evictam obligari solent; omnibus autem rei propriæ, vel negotio ex quo lucrum speret damnumve metuant, testimonii dicendi facultatem jura submoverunt, *l. nullus* 10. *ff. h. t. omnibus* 10. *C. h. t.*

10. Non denique minor annis viginti in causis criminalibus idoneus testis est, nisi forte, ut faciat indicium, *l. in testimonium* 20. *ff. h. t.* nec particeps criminis contra criminis socium, *l. quoniam* 11. *C. h. t.* nec libertus contra patronum, *l. libertorum* 12. *C. h. t.* nec inimicus capitalis contra inimicum, *l.* 3. *ff. h. t.* junct. *l. si quis testibus* 16. *C. h. t. nov.* 90. *cap. si vero* 7.

11. Contra vero testis esse potest cæcus de causis illis, quæ visum non requirunt, aut de iis, quæ vidit ante cæcitatem: & mutus aut surdus extra testamenta de his, quæ clare potest indicare: & fœmina in causis criminalibus, atque civilibus non testamentariis, *l. ex eo* 18. *ff. h. t.* & subditus in causa Principis: & municeps in causa municipii, quoties illa non principaliter singulorum respicit utilitatem, arg. *l. sicut* 7. §. 1. *ff. quod cujusque universit. nomine, l. sed si hac* 10. §. *qui manumittitur* 4. *ff. de in jus voc.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 65. Adde Menochium *de arbitrar. judic. casu* 106. Mascardum *de probat. concl.* 318. & creditor & fidejussor in causa sui debitoris ejusque pro quo intercessit, aut confidejussoris, si modo debitor aut confidejussor abunde solvendo sit, sic ut nec creditori nec fidejussori immi-

neat damni metus. Mascardus *de probation. concl.* 785. *fidejussor. an pro principali testis esse possit.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 67. Hippolitus de Marsiliis *de fidejussoribus*, *num.* 381. 382. Pyrrhus Maurus *de fidejussor. partis secundæ principalis sect.* 3. *cap.* 3. *num.* 14. *& seqq.* Delatorem quoque criminis posse de eo testem esse, ubi alius publico nomine accusator existit, vulgo obtinuit. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 1. *art.* 35. *n.* 6. Carpzovius *d. par.* 1. *constit.* 16. *def.* 66. Sed & in causa creditorum, de protopraxia disputantium, recte testimonium perhiberi per debitorem, quoties ab uno creditorum rogatus est, a Curia Ultrajectina judicatum refert Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 36. Infamia quoque facti notatum, aut alias vilem & abjectum, nec non amicum, cognatum, ac familiarem pro amico, vel cognato, inimicum non capitalem contra inimicum testari, legibus permissum est; ut tamen hi non habeantur tunc omni exceptione majores, *l. testium fides* 3. *pr. ff. h. t.* ac ex jure Romano harenariorum aliorumque similium testium viliorum testimonio credendum non fuerit sine tormentis, *l. ob carmem* 21. *§. si ea* 2. *ff. h. t. nov.* 90. *c.* 1. *§.* 1. Plane si inimici pro inimico, amici familiares ac cognati contra cognatum, amicum ac familiarem deponant, ratio non est, cur non plenissimam judici fidem faciant; licet verum sit, multos ob sanguinis aut affinitatis arctius vinculum compelli invitos non posse, ut in affinem cognatumve testimonium ferant, ut post dicetur. Si tamen testis productus contra ipsum producentem deponat, se pretio ab eo ad depositionem, quam fecit, redemtum esse, vix est, ut ei fides habenda sit; tum quia is, qui pecuniam ob dicendum vel non dicendum testimonium accepisse judicatus, aut convictus, aut confessus fuit, a testimonio dicendo per legem Juliam exclusus est, *l. testium fides* 3. *lege Julia* 5. *ff. h. t.*; tum quia propriam allegans turpitudinem audiendus non est; tum denique, quia merito metuendum, ne forte pretio majore corruptus sit ad id, ut se pretio corruptum fateatur, eo fere modo quo ille, qui omni modo venalis, a Titio pecuniam acceperat, ut Mævio litem iniquam moveret, iterumque a Mævio ipso, ne ei litem calumniosam inferret, juxta *l. et generaliter* 3. *§. ult. ff. de calumniator.*

12. Interim moribus nostris fere obtinet, ut omnes omnino testes producti audiantur, salva adversario, contra quem producti, reprobandi licentia, Groenevegen *ad l.* 24. *ff. h. t.* dum tamen meminerimus, etiam aliquando illos, quos a testimonio repelli supra dictum, fidem judici posse facere, puta, si vel pro rei innocentia producantur; dum satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari, *l. absentem* 5. *ff. de pœnis*, vel ex natura delicti difficilis sit probatio ejus, ut in furto, adulterio, similibusque contingit, uti & in criminibus nocturno tempore locoque solitario perpetratis; saltem ad id, ut arbitrio judicis quæstionum adhibitioni possit locus esse, secundum ea, quæ post plures alios citatos habet Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 5. 6. 16. *&* 17.

13. Testes autem etiam invitos produci, & ad testimonium in causa civili vel criminali dicendum compelli per judicem, non item per arbitrum jurisdictione carentem, ordinarium est, & jure quidem Romano captis pignoribus, indicta mulcta, aliisque vulgatis ad factum cogendi modis, *l. constitutio* 16. *l. si quando* 19. *C. h. t.* junct. *§. pen. Institut. de satisdat. tut. l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemperaverit*; Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 100. nostris vero & aliorum moribus etiam mediante arresto, ut dictum *tit. de in jus vocando n.* 25. præcipue civili custodia (*by dyselinge*), si in territorio deprehendantur aut domicilium foveant, quam si contumaciter sat diu perpessit fuerint; tandem ex notissima civilis custodiæ praxi in facti non præstiti æstimationem pecuniariam, a judice pro re nata taxandam, damnandi sunt. *Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland* 1. *Apr.* 1580. *art.* 8. Groenewegen *ad l.* 15. *§.* 1. *C. h. t.* Ne dicam, olim ex lege duodecim tabularum improbos & intestabiles fuisse habitos qui tanquam testes negotio adhibiti fuerant, si noluissent deinde testimonium dicere. Ravardus *ad leg.* 12. *tabular. cap.* 10. Quod si quis jurejurando semet obstrinxerit, se ea, quæ comperta habet, aut quæ sibi privatim sub fide silentii revelata sunt, non propalaturum, non eo minus de eo testimonium perhibere compelli potest; cum jusjurandum in veritatis præjudicium interpositum servari non debeat, ne fiat vinculum iniquitatis, *cap. pervenit* 4. *extra de testibus cogendis vel non.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 100. *n.* 3. *et seqq.*

14. Non tamen inviti cogi possunt senes memoriæ imbecillitate laborantes, valetudinarii, milites, *l.* 3. *§. ult. l. inviti* 8. *ff. h. t.* nec illustres, *l. constitutio* 16. *C. h. t.* arg. *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.* nec publicani, & qui quid exercitui præbendum conduxerunt, *l. inviti* 19. *ff. h. t.* Ravardus *lib.* 5. *varior. cap.* 4. nec cognatione vel affinitate propinquiore juncti, lege Julia recensiti, *l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* nec liberti adversus patronos, & vice versa, *d. l.* 4. *in fine ff. h. t.* nec quisquam de facto ex quo dedecus, infamiam, aut delictum proprium detegeret, veluti an furtum ope juverit, an lenocinio præbuerit adulterio occasionem &c. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 92. Berlichius *decis.* 16. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 7. *in fine.* An actor unum ex pluribus reis, vel reus unum ex pluribus actoribus possit ad testimonium contra reliquos cogere, vide apud Berlichium *decis.* 265. Plane moribus hodiernis publicanos a ceteris ad testimonium cogendis haud esse separandos, auctor est Groenewegen *ad d. l.* 19. *ff. h. t.* & in subsidium, aliis probationibus deficientibus, proximos etiam sanguine vel affinitate junctos, quin & ipsam subinde uxorem, compelli posse, ut contra proximos, ac proprium maritum deponant, aliquando judicatum refert Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 51. 52. Adde *bellum juridicum casu* 50.

15. Producendi autem in judicio testes sumtibus producentis, qui etiam ipsis testibus subministrandi sunt, ad iter & ad se exhibendos, quamdiu testimonii causa detinentur, ac distringuntur, ne officium damnosum sit, *l. testium fides* 3. *§. Gabinio* 4. *ff. h. t. l. quoniam* 11. *l. constitutio* 16. *l. pen. C. h. t. l. eos, qui* 6. *§. si quis* 2. *C. de appellation.* Instructio Curiæ Hollandicæ *art.* 130. Brabantinæ *art.* 38. Flandricæ *art.* 59. Producti vero interrogandi singuli seorsim, non plures simul, præsertim in criminalibus. *Ordonnantie op de Styl van de Proceduren in Criminele saken van*

Kon. Philippus 9. *Jul.* 1570. *art.* 25. ac jurisjurandi religione per judicem, priusquam perhibeant testimonium, arctandi, *l. jurisjurandi* 9. *l. constitutio* 16. *C. h. t.* aut secundum mores nostros jam perhibitum solemni firmant jurejurando, citata ad id adversa parte ac præsente, aut per contumaciam absente, *l. pen. C. h. t. nov.* 90. *cap. & hoc vero* 9. ita, ut non credulitatis aut opinionis suæ, sed veritatis jusjurandum præstent, ac de certa sua deponant scientia; nisi forte de consanguinitate vel affinitate probanda agatur, ubi de auditu, de fama, de relatione aliorum deponentes fidem facere, tradit Mascardus *de probation. conclus.* 60. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 23. *defin.* 12. Estque a teste producto exigendum hoc jusjurandum in continenti, non ex intervallo. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 101. *num.* 9. 10. Testimoniis solis, seu scriptis testium depositionibus in judicio productis judicibus exhibitis fides plena adhibenda non est; unde & ab Hadriano Imperatore rescriptum fuit, *testibus, non testimoniis credendum esse, ac aliam esse auctoritatem præsentium testium, aliam testimoniorum quæ recitari solent*, *l. testium fides* 3. §. *idem Divus* 3. & §. 4. *ff. h. t.* eo quod judex optime ex testium præsentium vacillatione aut constantia reliquisque circumstantiis statuere potest, quantum depositioni eorum tribuendum sit, dum non satis certis regulis definiri potest, quæ cuique rei probandæ argumenta sufficiant, sed judicem ex animi sui sententia æstimare oportet, quid aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *d. l.* 3. §. *ejusdem* 2. *ff. h. t.* Qua ratione etiam hodie obtinet, non aliter depositiones testium ratas esse, quam si coram judice per testes solemniter repetitæ fuerint ac confirmatæ, citata adversa parte, ut, si sibi expedire credat, eosdem testes contra se productos etiam pro se interrogari desideret: quali desiderio judex annuere tenetur. *Instruct. Curiæ Holl. art.* 129. *Ordonnancie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland.* 1. *Apr.* 1580. *art.*15. Jacob. Coren *consil.* 13. *n.* 4. & *seqq.* imo in criminalibus etiam non rogatum in ea ex testibus contra reum productis inquirere, quæ pro rei faciunt defensione, æquum est, ne insons pereat. *Ordonnantie op de stij van de Procedurem in Criminalen,* *ken van Kon. Philippus* 9. *Jul.* 1570. *art.* 24. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1050. Si tamen adversarius non præcise urgeat solemnem testimonii exhibiti repetitionem in judicio seu confirmationem, & testes integræ famæ ac honorati viri, omni exceptione majores sint, deque eorum agatur probatione, quæ adversarius non absolute negat, sed a se ignorari obtendit, magis est ut & hisce judici fides fiat. Jacob. Coren *observ.* 32. *in pr.* Simili modo si longinqua peregrinatio testium aut mortalitas impedimento fuerit, quo minus solemnem faciant in judicio depositionis suæ juratamque repetitionem, mors pro confirmatione ac repetitione est; pari fere ratione, qua et libros mercatorum morte firmari, in præcedente titulo dictum fuit, arg. *l. ult. C. h. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland.* 1. *Apr.* 1580. *art.* 17. *Instructio Curiæ Flandricæ art.* 324. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 40. Jacobus Coren *d. observ.* 32. *n.* 11. & *seqq.* Ubi autem testimonia non solemniter repetita, seu confirmata, semel in judicio producta sunt, repetitio omnis ac confirmatio ulterior deinceps in Hollandia impedita est, ex decreto Curiæ Hollandicæ 22. *Februarii* 1589. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1427. quod et innuitur in edicto Philippi Hisp. Regis criminali 5. Julii 1570. *art.* 51. *d. vol.* 2. *pag.* 1027.

16. Quod si testes extra territorium judicis, coram quo lis pendet, commorentur, ac longius absint, quam ut rogati venirent ad locum judicii, dum cum nimis magna captione ac damno suo a re familiari avocarentur; judici loci, in quo commorantur, secundum mores nostros per litteras (requisitoriales vulgo dictas) legitime rogato examen committi potest, citata adversa parte aut procuratore ejus, atque ita ad locum judicii depositiones remitti, perinde valituræ, ac si in ipso judicii loco fuissent confirmatæ, *l. judices* 18. *C. de fide instrum. l. constitutio* 16. *C. h. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland* 1. *April.* 1580. *art.* 15. Et quamvis jure civili tantum in causis civilibus, non item in criminalibus, per alium judicem videatur examen testium potuisse peragi, *l. testium fides* 3. §. *idem* 3. *ff. h. t. authent. apud C. de fide instrument.* tamen nunc in ipsis quoque criminalibus negotiis id fieri posse, receptum est. Groenewegen *ad l.* 16. *in fine C. h. t.* nisi momentum negotii moveat judicem ad ipsorum testium peregre degentium præsentiam producenti imponendam. Guilielm. Grotius *Isagog. ad praxin Hollandiæ lib.* 2. *c.* 4. *n.* 54. aut judex, apud quem lis pendet, consultum judicet, aliquem ad examen testium extra suum territorium degentium specialim delegare, cui tunc jus territorii seu jurisdictionem per magistratum illius loci ex comitate indulgeri, ubi id per literas requisitoriales petitum est, monet Wassenaar *in praxi civili cap.* 1. *num.* 165.

17. Productio vero testium secundum jus Romanum non prima tantum permissa est, sed secunda ac tertia; non item quarta, nisi causa cognita, ac præstito per producentem jurejurando, sibi testium priorum depositiones non innotuisse, *nov.* 90. *cap. quia vero* 4. Nec regulariter unus idemque testis in eadem causa amplius quam semel producendus est, arg. *l. ult. C. h. t.* nisi forte jubente judice ad id producatur, ut testimonium suum dubium apertius declaret. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 2. Sed &, si testis post examen recordetur, se in aliqua depositionis suæ parte errasse, errorem in continenti, vel saltem antequam cum alterutro litigantium locutus fuerit ob metum subornationis, corrigere non prohibetur, ita ut relinquatur id, in quo erratum est, quo sciri semper possit, quid prius sit depositum, sed emendatio subjiciatur, cum ratione ejus & tempore mutationis, *cap. præterea* 7. *extra, de testibus cogendis vel non*, arg. *nov.* 90. *cap.* 4. *in med.* Jul. Clarus §. *fin. q.* 53. *n.* 15. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 30. *num.* 7. Menochius *de arbitr. judicum lib.* 2. *casu* 108. *n.* 4. & *seqq.* Damhouderus *praxi civili cap.* 170. *n.* 25. 26. Alioquin testes vacillantes, contraria ex intervallo deponentes, pro integris habendi non sunt, *l.* 2. *ff. h. t.* aut si quæ iis fides habenda sit, magis in iis, quæ prius testati sunt, ex vero deposuisse; postea vero ex subornatione in contraria ivisse, præsumendi forent. Vide Menochium *d. casu* 108. Jul. Clarum *d. qu.* 53. Covarruviam *variar. resol. lib.* 2. *c.* 13. *n.* 18. Fachinæum *controvers. lib.* 9. *cap.* 84. 85.

18. Peracta testium productione publicationes depositionum fiunt, *nov.* 90. *cap.* 8. *in med.* junct. *cap.* 4. Damhouderus *praxi civili cap.* 152. quod & nunc ser-

vatur; licet olim in Holland. tales publicationes improbatæ fuerint, donec *placito Philippi Hisp. Regis*, 17. *Decembr. anni* 1555. & subsecuta interpretatione 25. *Martii* 1556. earundam usus inductus fuit, *vol.* 2. *placit. pag.* 1483. *in fine*, & *pag.* 1487. Vide tamen tempore antiquiorem instructionem Curiæ Holl. *art.* 146. Ante publicationem nec tabellioni nec judici licet eas adversæ parti communicare. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 11. 12. Post publicationem ultra litigantibus alios testes producendi potestas non est, ne subornatio fiat, *d. nov.* 90. *cap.* 4. *pr.* & §. 1. nisi ad id in Holl. specialis restitutio a suprema Curia impetrata fuerit, quæ etiam vix solet denegari. Groenewegen *ad auth. at qui semel C. de probat.* Cui consequens est, ut & tertius, qui in lite intervenit, hac saltem mediante restitutione, audiendus sit, testes pro se producere cupiens, postquam jam actor ac reus principalis ulteriori renunciaverant testium productioni, & ita publicatio depositionum secuta fuerat. Vid. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 71. *num.* 12. & *seqq.* Quin & ad faciendam testium reprobationem aut salvationem novos produci testes præcedente interlocutoria judicis sententia, in praxi servatur, quoties id, quod circa testes probandum est, causam multum allevaturum creditur aut depressurum.

19. Sciendum namque, unicuique tum actori tum reo concessam esse testium contra se productorum ac testimoniorum reprobationem, *l. si quis testibus* 17. *l. ult. C. h. t. auth. si testis C. h. tit.* quæ multis ex causis fieri potest, veluti, quod testes sint inidonei, pretio vel aliter corrupti, ex amicitia, cognatione, affinitate suspecti, ex ea lite damnum metuentes lucrumve sperantes, sibi ipsis vel sibi invicem contradicentes, aut vacillantes, aut non recte producti vel examinati, aliisque quam plurimis modis; quibus tamen a producente salvationes opponi moris est; quæ universa hic contexere operosum nimis esset; atque insuper sat magnas tum reprobationum tum salvationum classes abunde jam construxerunt; videndi latius, Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 96. & *multis seqq. ad casum* 112. Joh. Andr. Dorusspergerus *syntagm. probationum lib.* 1. *cap.* 26. & *seqq.* Damhouderus *praxi civili cap.* 171. 172. 183. 184. 185. 186. 187. 188. Merula *praxi lib.* 4. *tot. tit.* 78. & *tit.* 79. Wassenaar *pract. Judicieel cap.* 1. *num.* 183. & *seqq. ad n.* 218. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. In quibus omnibus quantopere locum inveniat arbitrium judicis, jam supra ex *l.* 3. §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* adnotatum est.

20. Ut autem plena fiat per testes probatio, duo ad minimum adhibendi idonei, ubi speciatim testium numerus expressus non est, *l. ubi num.* 12. *ff. h. t.* Nec judex promiscue plurimorum testium productionem in una eademque causa permittere debet, sed illius tantum numeri pati evocationem, quem necessarium esse putaverit, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Quibus vero in casibus plures desiderentur, cum in propriis locis observatum sit, non est, quod hic recenseatur, ubi brevitati studendum censui, multaque consulto prætermisi, quæ non aliunde rectius, quam ex usu & quotidiana litium ipsarum tractatione disci possunt, quibusque pertractandis ingentia plures volumina adornarunt.

TITULUS VI.

De Juris & Facti Ignorantia.

SUMMARIA.

1. *Error juris naturæ aut gentium neminem excusat.*
2. *An excuset ignorantia juris civilis, communis aut statutarii?*
3. *Qui, & quando impune possint jus civile ignorare? ubi de minoribus, militibus, fœminis, rusticitate laborantibus.*
4. *Error juris civilis omnes excusat a dolo, & a doli pœnis.*
5. *Quo modo juris error acquirere volentibus non prosit? An noceat in damnis amittendæ & in damnis amissæ rei?*
6. *Error facti probabilis non nocet in delictis ac contractibus, ac prodest ad usucapionem.*
7. *Quæ sit ignorantia facti supina & affectata? An, & quando facti proprii ignorantia possit probabilis esse? Quæ sit regula generalis circa facti ignorantiam?*

1. Ignorantia seu error secundum tituli inscriptionem duplex est, juris scilicet & facti. Juris ignorantia est, cum quis ignorat ea, quæ legibus cauta sunt. Quæ si circa jus divinum aut naturæ aut gentium versetur, culpæ latæ merito annumeratur, nec ulli intellectu & ratione prædito ac doli capaci præbet excusationem. Qua ratione filius, qui parentem in jus vocavit sine venia, immunis haud erit a pœna aureorum quinquaginta, si juris ignorantiam alleget ac rusticitatem; cum jure naturæ parentibus honorem ac reverentiam exhibendam esse, nec quicquam temere in eos oportere committi, scire potuerit, vel saltem non debuerit ignorare, *l.* 2. *C. de in jus voc.* Nec evitabit incestus coercitionem mas aut fœmina, si cum noverca aut privigna incestus perpetratus sit juris errore, *l. si adulterium* 38. *pr. junct.* §. 2. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Supinum certe & affectatum errorem non satis excusatum, nec ferendum esse, Ulpianus docet *l. nec supina* 6. *ff. h. tit.* talem vero esse, si omnes in civitate sciant, quod unus solus aut pauci ignorant, Paulus auctor est *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. h. t.* Cum ergo naturæ gentiumque jura omni humano generi communia sint, §. 1. & 2. *Instit. de jure naturali gent. & civili*, *l.* 1. §. *ult. ff. de justit. & jure*, non potest quis sine summæ negligentiæ vitio eorundem ignorantiam obtendere ad sui defensionem.

2. Nec aliud statuendum de errore juris civilis illius, quod tantum comprobatione tale est, seu, quod est in civitate receptum, cum id jam ante simpliciter rectæ rationis dictamen induxisset. Sed si jus civile sit tale origine, videndum, an universale sit an particulare. Universale si sit, quod nempe in imperio aliquo vel regno vel republica omnes obligat, non satis recte quis talis territorii indigena ab allegata juris illius ignorantia ullum sibi præsidium quæsiverit; eo quod secundum rescripta Principum leges, quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, præscripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur, *l. leges sacratissimæ* 9. *C. de legibus*, & constitu-

tiones Principum neque ignorare cuiquam neque dissimulare concessum est, *l. pen. C. h. t.* Sin juris civilis particularis, id est, statutarii certæ civitatis, vici, pagi, ignorantia intervenerit, difficulter civitatis istius cives excusabit; facilius exteros, ut ut juris communis peritos; quippe quibus uti turpe videri potest ex Quinti Mucii sententia, jus illud, in quo versantur, ignorare, *l. 2. §. servus 45. ff. de orig. juris*, ita a contrario nulli inurenda turpitudinis nota, si peregrinæ regionis jura non omni ex parte comperta sibi habeant ac perspecta, atque ita per ignorantiam in ea impingant. Adde *tit. de legibus n. 9. in fine.*

3. Nonnullis tamen personis jura civilia ignorare impune licet: primo namque ætatis favor & lubricum id dedit minoribus, *l. regula 9. pr. ff. h. t. l. cum ignorantia 2. leg. quamvis 11. C. h. t.* Unde si juris errore mutuum dederint filiosfamilias, aut mulieris receperint fidejussionem pro alieno debito, nec debitor solvendo sit, aut ipsi solverint, indebitum repetere vel exigere possunt, mediante saltem in integrum restitutione, nulla Macedoniani aut Vellejani exceptione removendi, *l. verum vel 11. §. ult. l. 12. ff. de minor. 25. annis l. 2. C. si adversus solutionem.* Militiæ quoque honor effecit, ne juris ignorantia militibus damnosa sit. Atque ita, si filiusfamilias miles, a commilitone heres institutus patris expectet consensum ad aditionem: dum ignorat, sibi licere sine parentis assensu adire, non cedet ei aditionis dies legibus alias præfinitus, *l. regula est, 9. §. si filiusfamilias 1. ff. h. t.* Ac his similia alia occurrunt in *l. 1. C. de jure deliberandi, l. omnibus 3. C. de vectigal. et commissis leg. pen. C. de his, qui sibi adscribunt in testam.* Sexus etiam intuitu juris ignorantia non quidem in omnibus, sed pluribus in casibus, per leges expressis, excusationem fœminis præbet, *l. ult. C. h. t. l. regula est 9. ff. h. t.* in ceteris enim jure communi utuntur, si majores sint, *l. si emancipata 3. l. quamvis 11. C. h. t.* Casus autem in jure expressi sunt, si mulier jussu matris legatum sibi adscripserit, ignara id esse prohibitum; quippe quæ nullam inde falsi pœnam metuere debet, *leg. Divus Claudius 15. §. antepen. et pen. ff. ad legem Cornel. de falsis*, si ex sua solverit intercessione; ignara, se Vellejani beneficio tutam esse, et solutum tanquam indebitum repetere velit, *l. quamvis mulier 9. C. ad senatusc. Vellejan.* si incestum commiserit solo jure civili interdictum, *l. si adulterium 38. §. quare 2. ff. ad leg. jul. de adulteriis*, si ignara juris sui, semet ipsam detulerit, *l. 2. §. ult. ff. de jure fisci.* Denique simplicitas atque rusticitas aliquando delinquenti præstat excusationem, si is ejus conditionis sit, ut simplicitas aut rusticitas in eo videatur toleranda. Si quis enim non dolo, sed rusticitate, album prætoris corruperit, eum ex edicto de albo corrupto non teneri, Ulpianus scribit *l. si quis id 7. §. doli 4. ff. de jurisd.* Sed et iis succursum, qui litigaturi, per rusticitatem non ediderunt actionem, *l. 1. §. ult. ff. de edendo*, aut in jus vocati non iverunt, *l. 2. §. 1. ff. si quis in jus vocatus non iverit*, quive, scientes testatorem occisum esse, tabulas testamenti aperuerunt ex rusticitate, ignari, prius de familia quæstiones habendas esse ac de nocentibus supplicium sumendum, *l. si quis in gravi 3 §. et si sciens 22. ff. de Senatusconsult. Silanian.*

4. Reliquos haud exceptos error juris uti excusat a dolo, ita quoque liberos efficit a pœnis illis, quæ solis dolo delinquentibus propositæ sunt; licet aliæ sæviores pœnæ plerumque in jure errantibus, tanquam culpa non vacuis, imponi soleant. Hinc qui rem suam privatim iniquo eripit possessori, putans id sibi per leges licere, nulla quidem pœnali de vi bonorum raptorum actione in quadruplum damnari potest, dominio tamen rei suæ eundem ob id excidere, constitutum est, *§. 1. Instit. de vi bon. raptorum.*

5. De cetero in negotiis gerendis circa juris errorem regula est, juris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus, *l. juris ignorantia 7. l. regula 9. §. sed juris 5. ff. h. t.* ac ne fœminis quidem in compendiis prodesse, *leg. error facti 8. ff. h. t.* ideoque nunquam in usucapionibus juris errorem proficere possessori, *l. nunquam 31. ff. de usurpat. l. juris ignorantiam 4. ff. h. t.* Et est axioma alterum, *juris errorem cuique nocere, d. l. regula 9. ff. h. t.* quod tamen perpetuum non est. Aut enim in jure errans agit de damnis amittendæ rei, aut de damnis rei jam amissæ, seu jure dominii in alium jam translatæ. Quod spectat damna amittendæ rei, a Papiniano responsum est, juris ignorantiam *suum petentibus haud nocere*, seu, quod eodem redit, *juris errorem in damnis amittendæ rei suæ non nocere, l. 7. in fine, l. 8. in fine ff. h. t.* Qua ratione nemo prohibetur rem suam apud alium existentem vindicare, suamve petere hereditatem ab alio possessam, utcunque annis pluribus existimaverit, errore juris lapsum, possessorem rerum illarum dominum esse. Et vice versa, si quis errore juris existimans hereditatem aliquam ad se pertinere, eam diutius possederit, & fructus inde perceptos jure possessionis bonæ fidei suos fecerit, de fructibus consumtis conveniri non potest, quatenus inde locupletior factus non est, atque ita rursus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *l. sed & si lege 25. §. scire 6. junct. §. consuluit 11. ff. de petit. hered.* Contra sese res habet in damnis rei errore juris jam amissæ, quippe cujus recuperationi error juris impedimento est; ac ad id restringendum generalius a Paulo in *l. 9. ff. h. t.* pro regula traditum, *errorem juris nocere.* Et hoc nititur fundamento, quod constitutum est in *l. cum ignorantia 2. C. h. t.* majorennem, qui juris ignorantia maternæ renunciaverat hereditati, atque ita eandem amiserat, sera prece desiderare, sibi subveniri. Nec aliunde est, quod Ulpianus tradidit, eum, qui juris ignorantia patremfamilias credebat esse cui mutuum numerabat, cum filiusfamilias esset, Macedoniani exceptione perinde repellendum, ac si vel sciens, vel vana deceptus simplicitate, filiofamilias mutuum dedisset, *l. si quis patremfamilias 3. pr. ff. ad senatuscon. Macedon.* Sed & hinc descendit, quod fidejussor mandati actione repetere soluta nequeat, quoties juris ignorantia lapsus nescivit se inutiliter obligatum esse, *l. si fidejussor 29. §. non male 1. ff. mandati.* Ea eadem denique causa est, quod neque legata errore juris supra dodrantem soluta, neque ullum aliud errore juris indebite solutum, condici potest, tanquam indebitum, *l. cum quis jus 10. C. h. t. l. regula est, 9. §. si quis jus 5. h. t l. error 9. C. ad leg. Falcid.* de quo latius actum *tit. re condict. indeb. n. 7.*

6. Facti ignorantia vel probabilis est, vel supina & affectata. Probabilis ut plurimum esse creditur ignorantia facti alieni, qua & prudentissimi labi possunt, *l. 2. ff. h. t.* præsertim, cum a nullo delatoria curiosi-

tas & scrupulosa inquisitio exigenda sit, *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. b. t.* Unde & pro ignorantia tali præsumtio est, adeo ut adversario, tanquam affirmanti, regulariter incumbat scientiæ probatio, arg. *l. verius* 21. *ff. de probation. l. actor.* 23. *C. eod.* Nec hæc solet erranti obesse, *l. error* 7. *C. b. t. l. error facti* 8. *l.* 9. *pr.* & §. 2. *ff. b. t. l. error facti* 8. *l.* 9. *pr.* & §. 2. *ff. b. t.* sive de delictis, sive de contractibus, aliisque similibus quæstio sit. Sic enim a furti & injuriarum & incestus pœnis liberum esse placuit eum, qui ex errore facti caret affectu furandi, aut injuriæ faciendæ, aut incestus committendi non habuit voluntatem, §. *placuit* 7. *Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. illud relatum* 3. §. *ult. l. eum qui* 18. §. *pen. ff. de injuriis, l. qui contra legum* 4. *C. de incest. & inutil. nupt.* Et quo modo propter errorem emtio reliquique contractus aliquando nulli sint, quandoque rescindatur remedio *l.* 2. *C. de rescind. vend.* vel redhibitoria actione, alibi abunde traditum est; uti & illud, quod facti error probabilis indebiti soluti tribuit condictionem. Confessionem quoque aut responsionem ex facti errore profectam non obesse confitenti sed errorem docenti, in aperto est, *l.* 1. *l.* 2. *ff. de confessis, l. inde Neratius* 23. §. *ult. & ll. seqq. ff. ad leg. Aquil. l. de ætate* 11. §. *qui justo* 10. *et* 11. *ff. de interrog. in jure faciend.* Denique & in compendiis errorem facti probabilem prodesse, evincit probata in jure usucapio, quippe quæ bonam requirens fidem in usucapiente, hoc ipso errorem facti in eo supponit, dum eum, a quo emebat aliove justo acquirebat titulo, putabat dominum esse, cum non esset, *l. juris ignorantiam* 4. *l. error facti* 8. *ff. b. t. l. quod vu'go* 11. *ff. pre emtore.*

7. Ignorantia facti supina & affectata est, tum facti alieni, sed talis, quod omnes vel plerique in ea civitate sciunr, unus aut pauci soli ignorant, *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. b. t.* arg. *l. si quis patremfam.* 3. *pr.* junct. *l. item si filiusfam.* 7. §. *proinde* 8. *ff. ad senatusc. Maced.* cum plerumque facti proprii; quo respicit Pomponius, cum ait, plurimum interesse utrum quis de alterius causa & facto non sciat, an de jure suo ignoret, *l. plurimum* 3. *ff. b. t.* Ut tamen aliquando facti quoque proprii ignorantia excusata sit. Qua ratione, si quis mihi rem meam ignoranti vendiderit, & jussu meo alteri tradiderit, vel si ego rem meam, quam Titii esse credebam, ex mandato ejus tradiderim Sempronio, aut tutor rem suam quasi pupilli, error ille impedit, ne a me dominium censeatur abisse, *l. etsi consensum* 15. §. 2. *ff. de contrab. emt. l. si procurator* 35. *ff. de acquir. rer. domin.* Nec rei suæ possessionem amisisse intelligitur, qui, cum peregre profecturus pecuniam custodiæ causæ in terra condiderat, postmodum reversus immemoria non potuit locum recognoscere, *l. peregre* 44. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Sed nec carebit indebiti condictione, qui solvit, quod jam ante semel ab eo solutum erat, quodve putabat a se promissum esse, cum vere nulla promissio intercessisset, *l. sed & si* 22. *ff. de condict. indeb.* Denique & in iis, quæ antiqua sunt, aut valde intricata, facti proprii errorem tolerabilem esse ac excusare colligi potest ex *l. cum fideicommissum* 7. *ff. de confessis*, Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 48. *n.* 20. Et generaliter circa facti tum proprii tum alieni ignorantiam regula probata est, neque negligentiam crassam hominis deperditi nimiumque securi satis expeditam aut excusatam esse, neque scrupulosam solere inquisitionem exigi aut delatoriam curiositatem, *l. plurimum* 3. §. 1. *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. b. t. l. etsi consensum* 15. §. *ignorantia* 1. *ff. de contrab. emt. l. si quis patremfamilias* 3. *ff. ad senatusconsult. Maced.*

FINIS TOMI III.